

AVHANDLINGENS TITTEL:

Kravet til skriftlig arbeidsavtale jfr. aml § 14-5flg
Bakgrunn, rekkevidde, betydning for gyldighet og innhold



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 555
Leveringsfrist: 25.11.2010

Til sammen 14 811 ord

15.03.2011

Innholdsfortegnelse

- 1.1 Innledning- rettslig plassering av tema** Feil! Bokmerke er ikke definert.
- 1.2 Avgrensing, tolking og presisering av oppgaven**
 - 1.2.1 Fremgangsmåte**
- 1.3 Rettskildene**
 - 1.3.1 Forarbeidene og EØS-retten**
 - 1.3.2 Loven, nærmere om aml § 14-5**
 - 1.3.3 Rettspraksis**
 - 1.3.4 Reelle hensyn**
 - 1.3.5 Juridisk teori**
- 2.0.1 Avtalerettslige problemstillinger**
- 3. 0 Minimumkravene til en arbeidsavtale § 14-6**
 - 3.1 Partenes identitet.**
 - 3.2 Arbeidsplassen**
 - 3.3 Beskrivelse av arbeidet, stilling eller arbeidskategori**
 - 3.4 Tidspunkt for arbeidsforholdets begynnelse**
 - 3.5 Forventet varighet dersom arbeidsforholdet er midlertidig**
 - 3.6 Prøvetidsbestemmelser**
 - 3.7 Bestemmelser om ferie og feriepenger**
 - 3.8 arbeidstakerens og arbeidsgiverens oppsigelsesfrister**
 - 3.9 Lønnsbetingelser og godtgjørelser.**
 - 3.10 Arbeidstiden**
 - 3.11 Lengden av pauser**
 - 3.12 Særlige arbeidstidsordninger**
 - 3.13 Opplysninger om tariffavtaler som regulerer arbeidsforholdet.**
- 4.0 Drøfelse av særlige problemstillinger knyttet til skriftlighet og arbeidsgivers styringsrett.**
 - 4.1 Betydningen av skriftlighet i forhold til gyldighet.**
 - 4.2 Problemstillinger knyttet til arbeids styringsrett og skriftlighetskravet.**
 - 4.2.1 Betydningen av arbeidsavtalen.**

1.1 Rettslig plassering av emnet

Tematisk plasseres kravet til skriftlig arbeidsavtale inn under den individuelle arbeidsretten. Skriftlig arbeidsavtale utgjør en sentral del av rettsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, noe som spesielt kommer til uttrykk ved utformingen av den individuelle arbeidsavtalen. Gjennom den skriftlige arbeidsavtalen fastlegges arbeidstakerens rettigheter og plikter. Det vil derfor kunne ha stor rettslig betydning hva som er avtalt. Av hensyn til forutsigbarhet og klarhet skal arbeidsavtaler inngås skriftlig. Arbeidsavtalen vil ha rettslig betydning selv om den ikke er inngått skriftlig¹. Dersom det oppstår tvist om arbeidsforholdet vil manglende etterlevelse av skriftlighetskravet kunne gå ut over arbeidsgiver. Arbeidsgiver i et slikt tilfelle få bevisbyrden. Tiltross for at arbeidsgiver har bevisbyrden, kan manglende skriftlig arbeidsavtale slå uheldig ut for arbeidstakeren. Dette gjelder spesielt hvis det er avtalt ordninger som er utover minimumskravene til en arbeidsavtalen jfr. aml § 14-6.

Kravet til skriftlig arbeidsavtale kom inn i arbeidsmiljøloven som en følge av rådsdirektivet fra 1991. Som en følge av dette kom det 24. juni 1994 inn et krav i arbeidsmiljøloven om skriftlige arbeidsavtaler. Skriftlige arbeidsavtaler var ikke noe tema i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977. Det ser heller ikke ut til at emnet skriftlig arbeidsavtaler var et aktuelt tema verken for organisasjonene i arbeidslivet eller Høyesterett før lovendringen i 1994. Skriftlig arbeidsavtaler er riktig nok behandlet i noen underrettsavgjørelser. Det er derfor interessant å se litt nærmere for bakgrunnen for kravet til skriftlighet slik det kommer til uttrykk i EØS-retten og forarbeidene. Videre er det interessant å se på skriftlighetskravets betydning for arbeidsavtalens form, innhold og gyldighet. Temaet er dessuten aktuelt da rapporter fra arbeidstilsynet viser at manglende etterlevelse av skriftlighetskravet er en av de mest vanlige forsømmelsene hos arbeidsgiver².

¹ Rettspraksis har vist at en arbeidsavtale ikke er ugyldig selv om den bare er avtalt muntlig. Jfr Rt-2004-53

² Arbeidstilsynet gjennomførte i uke 26 og 27 i 2009 tilsyn med 322 virksomheter. Et av funnene var at det ikke var inngått skriftlig arbeidsavtale i 24 % av tilfellene. Resultatene er publisert på Arbeidstilsynets hjemmeside, ref : <http://www.arbeidstilsynet.no/nyhet.html?tid=103329>

1.2 Avgrensning, tolking og presisering av oppgaven

Oppgavens tema er: Kravet til skriftlig arbeidsavtale jfr. aml § 14-5 flg, bakgrunn, rekkevidde, gyldighet for form og innhold.

Første del vil derfor ta for seg EØS-avtalens krav til skriftlighet og forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-5 flg. Det vil bli gjort rede for bakgrunnen for kravet om skriftlig arbeidsavtale og redegjort for aktuelle problemstillinger.

EØS-retten og forarbeidene har en så sentral rolle at de vil bli trukket inn i etterfølgende drøftelser. I fremstillingen vil i lys av dette se nærmere på hvilke hensyn som ligger bak bestemmelsene.

Videre er det sentralt å vise hvilken betydning kravet til skriftlighet har for en arbeidsavtales gyldighet, form og innhold. I den forbindelse vil skriftlighet som gyldighetsvilkår bli drøftet. Bestemmelsenes innhold og rekkevidde vil bli drøftet særlig med utgangspunkt i minimumskravene i § 14-6.

Kravet til skriftlighet vil også bli drøftet i forhold til avtalerettslige problemstillinger og i forhold til arbeidsgivers styringsrett, herunder retten til å foreta endringer i arbeidsforholdet. Det vil bli foretatt en avgrensning opp mot bestemmelsen i § 14-7.

1.2. Fremgangsmåte- den videre fremstillingen

Det vil først være naturlig å si litt om rettskildebildet i forhold til oppgaven emne. Deretter vil det bli gjort rede for bakgrunnen for kravet om skriftlighet slik det fremgår av EØS-avtalen og forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven. Videre vil det formelle kravet til skriftlighet behandlet og i den sammenheng gitt en nærmere presisering av dette. Deretter vil jeg ta for meg de materielle kravene i aml § 14-6 og drøfte sentrale problemstillinger i forbindelse med de enkelte punktene i paragrafen. Til slutt vil jeg drøfte problemstillinger knyttet til kravet til skriftlighet og arbeidsgivers styringsrett og endringer i stillingsforholdet.

Kort om rettskildene

1.3.1 Forarbeider og internasjonal rett, spesielt EØS retten³

Kravet til skriftlig arbeidsavtale kom inn i norsk rett som følge av direktivet 91/533/EØF. 24. juni 1994 ble det et krav om skriftlig arbeidsavtale i arbeidsmiljøloven. Direktivets bestemmelser kommer til anvendelse på arbeidstakere som faller inn under arbeidstakerbegrepet i land som er bundet av direktivet⁴. Direktivet gjør det klart at arbeidsgiver har plikt til informere arbeidstakerne om hovedinnholdet i arbeidsavtalen. Det er strengt tatt ikke noe krav om at dette skjer i form av en skriftlig arbeidsavtale. Skriftlighetskravet kan oppfylles ved skriftlig arbeidsavtale, ansettelsesbrev og andre skriftlige dokumenter⁵. Direktivet åpner også for unntak for arbeidsforhold hvor varigheten er mindre enn en måned eller hvor eller hvor den samlede arbeidstiden er mindre enn åtte timer per uke⁶.

Internasjonal rett er en sentral rettskilde både når det gjelder individuell og kollektiv arbeidsrett. Forholdet til menneskerettigheter og konvensjoner står sentralt.

Her kan særlig FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) fra 1966 nevnes. Konvensjonen inneholder blant annet bestemmelser om arbeiders arbeidsvilkår. Særlig er behovet for trygge og sunne arbeidsforhold understreket. I tillegg til konvensjoner som Norge har forpliktet seg til å følge, er EØS avtalen av 1992 med tillegget fra 1994 av sentral betydning for forståelse av kravet om skriftlig arbeidsavtale.

Menneskerettighetenes stilling har også blitt styrket i norsk lovgivning, spesielt med Grunnlovens § 110 c og Menneskerettighetsloven av 21. mai 1999. Norge har forpliktet seg til å forholde seg til internasjonale konvensjoner som berører arbeidstakernes sosiale forhold. Den Europeiske Sosialpakten og ILO konvensjonen bør også nevnes.

³ Fremstillingen baserer seg på fremstillingen i Sejersteds EØS-rett, samt fremstillinger gitt i Arbeidslivets spilleregler av Storeng, Beck og Lund og i Jakhell, Oversikt over arbeidsretten.

⁴ 91/533/EØF art 1.1

⁵ 91/533/EØF art 3

⁶ 91/533/EØF art 1.2 a

Som følge av EØS-avtalen har Norge forpliktet til å gjennomføre forordninger og direktiver etter avtalen i norsk rett. I EØS-loven av 27. november 1992 § 1 er hoveddel av EØS -avtalen å betrakte som norsk lov. Som følge av EØS -loven kan det også nevnes den EØS -retten har tillegges forholdsvis stor rettskildemessige vekt. Forrangsregelen i EØS -loven § 2 gjør det klart at eventuell motstrid skal løses slik at EØS -loven har forrang.

Direktiver blir ikke automatisk inkorporert i norsk lov. Direktiver anvendes i de tilfellene hvor det er et ønske om likhet i lovgivningen, men hvor det skal være mulig å i vareta det særegne i de nasjonale bestemmelsene. Det går frem av EØS avtalens artikkel 7 bokstav b at norske myndigheter å "bestemme formen og midler ved gjennomføringen" Direktiver er bindende for medlemslandene med "hensyn til målsettingen".

Nasjonale myndigheter har en viss frihet til å bestemme hvordan direktivene skal gjennomføres, men gjennomføringen skal skje slik at det gir en klar og utvetydig rettstilstand. Samt at det skaper forutsigbarhet for borgerne⁷. Direktivet angir et minimumskrav til nasjonale myndigheter. Det er derfor ikke noe i veien for at norske myndigheter lager ordninger som går lenger når formålet er å oppfylle forpliktelsene i henhold til direktivet. Dette har kommet til uttrykk ved at norske myndigheter i aml § 14-5 har latt kravet til skriftlighet gjelde alle arbeidsforhold, også de som har en varighet på mindre enn en måneds varighet. Det blir fastsatt en frist for gjennomføringen av direktivet. Dersom norske myndigheter skulle oversitte fristen, vil borgerne kunne påberope seg direktivets bestemmelser overfor norske myndigheter. Presumsjonsprisippet innebærer at norske regler så langt det er mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser. I slike tilfeller vil norske domstoler være tilbøyelig til å anvende nasjonale regler slik at disse ikke

⁷ Seijersted, Arnesen, Rognstad, Foyen, Kolstad; EØS-rett side 236, 244-246

kommer i strid med folkeretten. Dette prinsippet har fått tydelig gjennomslag i norsk rett og blir fulgt i rettspraksis.

At internasjonal rett og EØS rett har stor rettskildemessig betydning i arbeidsretten, fremgår klart av rettspraksis. Jeg kan i den forbindelse nevne Rt-1986-1250 med henvisning til konvensjoners betydning i forbindelse med retten til å legge vekt på trosoppfatning ved ansettelse. Når det gjelder EØS-retten har den blitt trukket inn i flere saker for Høyesterett, enten det har vært sak om klargjøring av begreper jfr. Rt-2001-248, om virksomhetsoverdragelse eller den såkalte Finangersaken jfr. Rt -2000-1811, og Rt-2005-1365 (Finanger II)⁸ om gjennomføring av direktiver i norsk rett. EØS retten spiller derfor en viktig rolle når det gjelder forståelsen og begrunnelsen for skriftlighetskravet i aml § 14-5

Forarbeidene.

Vi kan ut fra forarbeidene og EØS- retten utlede bakgrunnen for kravet til skriftlig.

Relevante forarbeider er Ot.prp.nr 78 (1993-1994) Ot.prp. nr. 78 (1993-94) og arbeidslivutvalgets innstilling i NOU 2004:5. Her behandles endringene i aml i lys av rådsdirektivet 91/533/EØF. Forarbeidene klargjør formålet med arbeidsmiljøloven og kravet til skriftlig arbeidsavtale. Forarbeidene har stor betydning når arbeidsrettslige spørsmål skal løses. Selv om skriftlighetskravet i direktivet ikke nødvendigvis behøver å bety skriftlig arbeidsavtale, men at det også kan brukes ansettelsesbrev og annen skriftlig informasjon for å oppfylle direktivet målsetting, gikk departementet inn for skriftlig arbeidsavtale.

Et viktig hensyn bak skriftlighetskravet i aml § 14 5 er at det skaper trygghet og forutsigbarhet. På den måte virker det også konfliktforebyggende. Det er arbeidsgivers plikt å skape denne klarheten. Gjennom en skriftlig arbeidsavtale fjernes tvil om hva som eventuelt skulle være avtalt enten det skulle dreie seg om midlertidighet, lønn eller andre betingelse i arbeidsforholdet. Arbeidsavtalen vil dermed ha rettslig betydning mellom partene.

⁸ HR uttalte i Rt-2000-1811 at det var en lovgivers ansvar å bringe loven i samsvar med direktivet. Etter dommen, endret Stortinget loven slik at de harmoniserte med direktivet.

Tidligere var det ikke noe krav til skriftlig arbeidsavtale jfr. aml av 1977. Her var det bare krav om skriftlig avtale når det gjaldt utleie av arbeidskraft. Det ble foreslått at Kongen skulle ha myndighet til å bestemme om kravet om skriftlighet skulle gjøres gjeldene for arbeidsforhold av kortere varighet enn en måned. 1. februar 1995 ble loven endret slik at det ble et krav om skriftlig arbeidsavtale i den daværende § 58 A uavhengig av varigheten på arbeidsforholdet. I EØS retten er det som kjent unntak fra skriftlighetskravet for arbeidsforhold som varer mindre enn en måned. I forarbeidene og i arbeidslivsutvalgets innstilling ble behovet for skriftlig arbeidsavtale i alle arbeidsforhold vurdert. Departementet vurderte at de gruppene som var aktuelle for arbeidsforhold mindre enn en måned, ville ha nytte av den beskyttelse som et skriftlighetskrav også i disse arbeidsforholdene ville innebære. Det ble derfor gått innfor at skriftlighetskravet skulle gjelde alle arbeidsforhold. I aml av 2005 ble kravet til skriftlighet fulgt opp slik at det nå gjelder alle arbeidsforhold.

Et annet spørsmål som også ble drøftet i forarbeidene var når en skriftlig arbeidsavtale skulle foreligge. Det ble henvist til at direktivet anga en to måneders frist. Departementet gikk inn for en måned. Det ble lagt vekt på at reelle hensyn tilsa at arbeidstakerne snarest ble gjort kjent med arbeidsbetingelsene og forhold tilnyttet til arbeidsforholdet. I dag er gjeldende rett at arbeidsavtale må foreligge senest innen en måned for arbeidsforhold som er ment å vare vesentlig lengre enn en måned. For arbeidsforhold av kortere varighet enn en måned skal det inngås arbeidsavtale straks.

Ut fra en rettskildemessig vurdering er det sentralt å reise spørsmålet om hvilken vekt det skal legges på forarbeidene. I den forbindelse er Rt-2007-129 sentral. Forarbeidene gir et bilde av rettstilstanden før en lovendring. Formålet og bakgrunnen for den nye loven er forklart og vil gi et verdifullt bidrag til tolkingen av de nye bestemmelsene. I følge Eckhoffs, Rettskildelære, henviser HR ofte til forarbeidene. I Rt-2004-53 og Rt-2007-129 legges det vekt på forarbeidene. Forarbeidene er i disse avgjørelsene viktig i tolkningen av bestemmelsens innhold og rekkevidde.

Saken gjaldt om hvorvidt manglende etterlevelse av skriftlighetskravet hadde betydning for arbeidsavtalens gyldighet. "Forarbeidene gir kort sagt ingen holdepunkter for at departementet eller Stortinget forutsatte at manglende skriftlighet skulle ha den påberopte rettsvirkningen". Her ble forarbeidenes taushet tatt til inntekt for at manglende skriftlighet ikke betyr ugyldighet.

Lovgivningen

Loven er en sentral rettskilde i behandlingen av skriftlighetskravet i aml § 14-5 når det gjelder å fastlegge rekkevidden av bestemmelsen.

Lovgivningen er preseptorisk, og kan normalt ikke fravikes til ugunst for arbeidstakeren. Jeg vil ta utgangspunkt i aml av 17. juni 2005 nr 62.

Den etterfølgende drøftingen vil i liten grad berøre tjenestemannslovgivningen, forskrifter eller tariffavtaler. Arbeidsavtalen kan derimot inneholde henvisninger til tariffavtaler, noe som fører til at tariffavtaler vil kunne ha betydning for forståelsen av arbeidsavtaler. Folketrygdlovgivningen og retten til sykepenger kan også ha betydning når det gjelder avtaler om sykelønn utover folketrygdens ytelser. Arbeidstvistloven og ferielovens bestemmelser kan også være aktuelle, men vil i mindre grad bli trukket inn i den denne oppgaven.

Rettspraksis og sedvane.

Rettspraksis er en sentral rettskilde innen arbeidsretten og spesielt i forhold til oppgavens tema. Høyesterett avgjør viktige og prinsippelle spørsmål.

Resultatet i disse avgjørelsene blir lagt til grunn når lignende problemstillinger dukker opp.

Kravet til skriftlig arbeidsavtale hadde naturlig nok ikke vært behandlet av Høyesterett før kravet ble lovfestet i 1994. Kravet til skriftlighet hadde tidligere blitt behandlet i underrettspraksis.

Her kan jeg spesielt nevne RG-1999-1306. I denne saken var det ved forlengelse av arbeidsforholdet utover skriftlig avtalt vikariat, ikke inngått ny skriftlig avtale. Lagmannsretten kom til at manglende skriftlighet ikke førte til ugyldighet eller at den ansatte hadde krav på fast tilsetting.

Jeg vil hovedsakelig basere min fremstilling på rettspraksis fra de Alminnelige domstoler og særlig praksis fra Høyesterett, deretter forkortet HR. I rettspraksis fra HR vises det til to særlig relevante dommer Rt- 2004-53 og Rt -2007-129 hvor kravet til skriftlig arbeidsavtale ble behandlet, men flere andre Høyesterettsdommer er naturligvis aktuelle og vil bli behandlet. I Rt-2007-129 ble unnlatelsen av å inngå ny skriftlig arbeidsavtale ikke uten videre gav den ansatte rett til fast ansettelse. Men det ble understreket at arbeidsgiver hadde bevisbyrden for at arbeidsforholdet var midlertidig.

I Rt-2004-53 ble ikke manglende skriftlig avtale om avvikende arbeidstidsordning ansett som en ugyldig avtale. Jeg kommer tilbake til dommene som er nevnt ovenfor.

Dommer fra den EF-domstolen bidrar også til å kaste lys over sentrale problemstillinger og gir viktige bidra til forståelsen av sentrale begreper.

Teori

I arbeidet med å skaffe seg oversikt over et rettsområde er den juridiske litteraturen sentral. Her står Henning Jakhelln; Oversikt over arbeidsretten, Tormod Dege: Arbeidsrett sentralt. I tillegg må Jan Fougner og Lars Holo: Kommentarer til arbeidsmiljøloven nevnes. Dessuten er Fougners "Endring i arbeidsforhold" også vært meget nyttig. Spesielt kaster den juridiske litteraturen lys over problemstillinger knyttet til den såkalte "grunnpregstandarden"⁹ og problemstillinger knyttet til endringer av arbeidsforhold¹⁰. I tillegg har artikler publisert i tidskriften arbeidsretten samt i lovdatas database også vært sentral for å skaffe seg oversikt. Norsk kommentert lovsamling, Karnov, må naturligvis også nevnes. Den juridiske teorien gir rammer, oversikt og forståelse og kastet lys over emnet.

Juridisk teori har blitt tillagt liten vekt i rettskildefaktor¹¹, men "den øver likevel stor innflytelse i rettslivet". Domstolene er ikke bundet av juridisk litteratur.

⁹ Grunnpregstandarden er en rettssetning som er utledet fra Kristen Andersens bok, Arbeidslivets rett fra 1967. Den går i korthet ut på at arbeidsgiver ikke kan endre stillingens grunnpreg i forhold til arbeidsavtalen..

¹⁰ Fougner, Endring i arbeidsforhold (2007) side 509

¹¹ Eckhoff, Rettskildelære s. 270

Dersom det finnes holdepunkter for et annet resultat i eksempelvis forarbeider eller rettspraksis, tillegges juridisk teori mindre vekt¹². I to sentrale Høyesterettsavgjørelser om skriftlige arbeidsavtaler vises det ikke til juridisk teori¹³. I hvilken grad domstolene blir trekker inn juridisk teori, vil avhenge av om rettsspørsmålet kan løses ut fra andre rettskilder. I den grad juridisk teori trekkes inn, vil naturligvis ikke all litteratur eller forfatteres synspunkter ha den samme tyngde.

I arbeidsretten som på andre rettsområder har noen forfattere større autoritet enn andre.

Reelle hensyn

Vurderinger av resultatets godhet spiller også en viktig rolle i arbeidsretten. De reelle hensynene kan komme til uttrykk ved generelle rettslige vurderinger. Det legges i den forbindelse vekt på om tolkningsresultatet er rimelig og rettferdig. Retten legger vekt på om løsningen gir klarhet og forutsigbarhet og hvilken grad den samsvarer med samfunnsutviklingen. De reelle hensynene kan dermed tjene som en begrunnelse for tolkningsresultatet. I arbeidsretten tillegges de reelle hensynene størst vekt dersom lov, avtale eller forarbeider ikke gir noe klart svar på hvordan et rettsspørsmål skal løses. I den sammenheng kan det tas hensyn til både arbeidstakerens situasjon forhold¹⁴ ved arbeidsgiveren. En skriftlig arbeidsavtale dokumenterer hva som er avtalt i den enkeltes tilfelle. På den måten vil arbeidstakeren ha en viss beskyttelse mot rimelighets og rettferdighetsbetraktninger som ikke nødvendigvis alltid går i arbeidstakerens favør. De reelle hensynene baserer seg på en interesseavveining i forhold til arbeidsgiver og arbeidstakers interesser. Dessuten vil viktige trekk ved samfunnsutviklingen ha betydning.

¹² Eckhoff, Rettskildelære s. 270

¹³ Rt-2004-53 og Rt-2007-129

¹⁴ Rt-2004-53. I denne saken la Høyesterett vekt på at arbeidstakeren selv hadde ønsket den avvikende arbeidstidsordningen.

2.0 Nærmere om skriftlighetskravet og avtalerettslige problemstillinger.

2.1 Avtalerettslig problemstilling

Det er viktig å klargjøre avtalerettslige problemstillinger særlig med fokus på formkravet av til en arbeidsavtale. De materielle kravene vil bli behandlet i eget punkt i forbindelse med redegjørelsen for minimumskravene til en skriftlig arbeidsavtale i aml § 14-6. Spørsmål knyttet til begrensinger i avtalefriheten vil også bli drøftet.

Avtaleretten spiller en sentral rolle i arbeidsretten. HR og underrettsdomstolene viser ofte til avtalerettslige prinsipper i sine avgjørelser.

Et sentralt avtalerettslig prinsipp er at avtaler skal holdes (pacta sunt servanda)¹⁵ Partene i arbeidsavtale er av den grunn forpliktet til å bidra til at avtalens vilkår oppfylles. Manglende etterlevelse kan føre til at en arbeidstaker eller arbeidsgiver dømmes til å oppfylle avtalen, eller betale erstatning.

I følge Kong Christian 5.s Norske lov fra 1967 gjelder det også et generelt prinsipp om avtalefrihet og formfrihet i forbindelse med avtaler. Prinsippene gjelder også i arbeidsretten, men med de begrensinger som følger av lov, tariffavtale og den individuelle arbeidsavtalen. I tillegg er det som allerede nevnt et krav om arbeidsavtaler skal inngås skriftlig.

Jeg vil først se nærmere på formkravet i aml § 14-5

I forbindelse med inngåelsen av arbeidsavtaler er det derimot presisert at arbeidsavtaler skal "inngås skriftlig arbeidsavtale i alle arbeidsforhold"

Skriftlighetskravet går klart frem av ordlyden. Opprinnelig var det litt uklart hvem kravet om "skal inngås" rettet seg til. Direktivet pekte i retning av arbeidsgiver, men forarbeidene var ikke klare på dette området¹⁶. Problemet ble løst ved at arbeidsgiver fra 1. januar 2000 fikk et klart uttrykt ansvar for å utarbeide arbeidsavtaler. Videre bør det presiseres at forpliktelsen gjelder "alle arbeidsforhold" Dette betyr at det i motsetning til tidligere skal inngås arbeidsavtaler i de tilfeller hvor varigheten er mindre enn en måned. En rimelig

¹⁵ NL 5-1-2

¹⁶ Ot.prp. nr. 78 (1993-94) s. 8

tolkning av ordlyden tilsier at partene har plikt til å påse at arbeidsavtale blir inngått. Arbeidsavtale "skal inngås" jfr. aml § 14-5. Videre bør det presiseres at det er arbeidsgiver som skal utforme et ukast til arbeidsavtale. Arbeidsgiver er den sterke part og er ansvarlig for at lovens krav oppfylles.

Dersom det oppstår uenighet mellom partene om innholdet i arbeidsbetingelsene, vil det være i arbeidsgiverens disfavør om arbeidsgiver har misligholdt sin forpliktelse til å inngå skriftlig arbeidsavtale. Det vil med andre ord si at arbeidsgiver har bevisbyrden i de tilfeller arbeidsbetingelsene ikke er skriftlig avtalt. Bestemmelsen i aml § 14-5 må derfor kunne karakteriseres som en klart ordensregel for arbeidsgiver.

Selv om det er et krav om at arbeidsavtaler inngås skriftlig, er det vanlig at partene inngår en muntlig avtale for deretter å inngå en skriftlig avtale. I utgangspunktet er en slik avtale bindene¹⁷. Hvorvidt en avtale faktisk er inngått vil ved en eventuell tvist måtte løses etter alminnelige avtalerettslige regler og prinsipper¹⁸.

En underrettsdom 1997-07-04. LE-1996-00730 illustrerer denne problemstillingen. I et selskap som hadde dårlig økonomi ble det nødvendig med vesentlig nedbemanning. Bare to av de ansatte fikk fortsette i firmaet uten at det ble tegnet nye skriftlige arbeidsavtaler.

Bevismessig måtte det derfor avgjøres om det var inngått en bindende avtale og hva innholdet i avtalen var. Spørsmålet ble videre om arbeidstakeren ved "passivitet eller konkludent adferd hadde akseptert avtaleutkastet"¹⁹

Ansettelse er en del av arbeidsgivers styringsrett. I forbindelse med ansettelsen vil inngåelse av arbeidsavtale være en sentral del. Gjennom arbeidsavtalen fastsettes arbeidstakerens plikter og rettigheter. Arbeidsmiljøloven gir den ansatte rett til å la seg bistå av en tillitsvalgt²⁰ i forbindelse med inngåelse av arbeidsavtalen.

¹⁷ NL 5-1-2

¹⁸ Rt 1988 766. I denne saken ble det slått fast at spørsmålet om bindende arbeidsavtale er inngått, må avgjøres ut fra vanlige avtalemessige prinsipper.

¹⁹ 1997-07-04. LE-1996-00730

²⁰ Denne bestemmelsen er ny i forhold til arbeidsmiljøloven av 1977

En ansettelse betyr at det inngås en avtale mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. I motsetning til en del andre avtaler er det et klart formkrav om at arbeidsavtaler skal inngås skriftlig. Jfr. aml § 14-5.

Ved inngåelse av arbeidsavtaler gjelder avtaleloven § 2. Bindende avtale vil være inngått når det er gitt et tilbud og dette er godtatt innen akseptfristen.

Søkeren vil kunne trekke søknaden tilbake så lenge arbeidsgiveren ikke har akseptert tilbudet. Et tilbud kan videre trekkes tilbake før det har kommet til mottakerens kunnskap jfr. avtl § 7. I de tilfeller hvor aksepten avviker fra tilbudet vil avtl § 6 være aktuell.

I forbindelse med inngåelse av arbeidsavtaler må det legges vekt på partenes dispositive utsagn. Disse utsagnene er ment å skape bestemte rettsvirkninger. Dispositive utsagn står i motsetning til konversasjon hvor hensikten bare er å gi opplysninger, men ikke skape rettsvirkninger.

Rettspraksis²¹ har noen interessante eksempler på problemstillinger knyttet til avtaleinngåelse. I Rt -1965 -360 ble resultatet at en søker ikke fikk medhold i at det ikke var inngått avtale om ansettelse. Tvisten dreide seg om hvorvidt utsagn i forbindelse med lønn og søkeprosessen kunne tolkes som at bindende avtale var inngått. Konkret kan det nevnes at det var uenighet om arbeidsgiver under konferansen hadde ”spurte om arbeidstakeren godtok lønnstilbudet eller om han fant tilbudet tilfredsstillende”²². HR kom til at partene fortsatt var på forhandlingsstadiet og at det måtte regnes med at arbeidsgiver ”ville ha bekreftet skriftlig en muntlig avtale i en så viktig stilling”²³

For at arbeidsgiveren skal være bundet av avtalen, må den være inngått av arbeidsgiver eller den som har fullmakt til å opptre på arbeidsgivers vegne²⁴. I denne forbindelse er det aktuell å vurdere om den som handler i arbeidsgivers sted, har den nødvendige kompetanse til å inngå arbeidsavtaler på arbeidsgivers vegne.

²¹ Fremstillingen bygger her i tillegg til Rt-1965-360 på Jakhellns fremstilling i oversikt over arbeidsretten s. 218

²² Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s. 218

²³ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s. 218. Fremstillingen av dommen i Rt 1965-360 bygger på lærebokens fremstilling.

²⁴ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s. 219

Forutsatt at en arbeidsavtale er innenfor rammen av lov, forskrift og tariffavtaler har partene avtalefrihet til å supplere en avtale utover minimumskravene. Aml § 14-5 er en ufravikelig regel. Tariffavtaler er også i følge arbeidstvistloven § 3 preseptorisk. Det kan derfor, som et eksempel ikke avtales at en arbeidstaker ikke skal ha ferie eller at det ikke skal være noen oppsigelsesfrist jfr. aml § 14-6. Et slikt vilkår i en arbeidsavtale vil bli ansett som ugyldig.²⁵ Det samme vil være tilfelle om en arbeidsavtale skulle stride mot NL 5-1-2 om kravet til ”ærbarhet”

Avtalefriheten er også begrenset når det gjelder mindreårige og avtaler om konkurranseregulering.

Vergemålsloven av 22.april 1927 nr 3 (vgml) begrenser umyndige og mindreåriges rett til å inngå arbeidsavtaler. Etter loven av 1927 må den mindreårige ha samtykke fra sin verge for å kunne inngå en arbeidsavtale jfr. vgml § 32. Derimot kan en selvforsørgende mindreårig over 15 år selv si opp arbeidsavtaler og inngå avtaler om lingsende arbeid. . I den nye vergemålsloven av 2010 vil dette bli forandre slik at de som er 15 år og eldre kan inngå arbeidsavtaler jfr. § 10. Ved inngåelse av arbeidsavtaler som er under 18 år må det tas hensyn til hva unge hva slags arbeid umyndige arbeidstakere kan settes til. I aml § 11-2 finner vi spesielle regler om arbeidstid, nattarbeid, hvilepauser og fritid. Ved inngåelse av skriftlig arbeidsavtale er det viktig at lovens vilkår i disse tilfellene er oppfylt. Manglende etterlevelse av de materielle kravene i aml § 11-2 kan føre til at avtalene er ugyldig.

Lojalitetskravet er sentralt i et arbeidsforhold. I privat sektor er det i en del sammenhenger vanlig at det inngås avtaler om konkurranseforbud. Hensikten med slike avtaler kan være å hindre at bedriftshemmeligheter kommer til konkurrentene. Å røpe bedriftshemmeligheter kan uansett rammes av strl § 294. Avtalene kan inneholde klausuler som forbyr en ansatt selv å starte

²⁵ Jfr Henning Jakhelln Oversikt over arbeidsretten side 233. Dersom det avtales ting som er i strid med arbeidsmiljølovens regler, for eksempel om ferie eller oppsigelsesfrister, vil lovens bestemmelser bli lagt til grunn selv om disse ikke er avtalt.

konkurrerende virksomhet eller gå over til en konkurrent innen en rimelig tid fra vedkommende eventuelt slutter hos arbeidsgiveren.

Slike avtaler må ikke gå for langt når det gjelder å hindre arbeidstakerens fremtidige jobb og inntektsmuligheter eller lengre enn det som med rimelighet kan forventes for å beskytte firmaet mot konkurranse jfr. avtl § 38.

Ved en vurdering av hva som er urimelig eller urimelig vil dette være basert på en skjønnsmessig vurdering av omfang og varighet av forbudet. Jakhelln sier at det er tvilsomt om konkurranseforbud av som varer mer enn to år vil være gyldig²⁶.

Gjennom konkurranseklausuler i arbeidsavtalen kan det også tas med bestemmelser om at den ansatte har begrenset adgang til å påta seg bierverv hos andre arbeidsgivere eller i virksomhet som er i konkurranse med arbeidsgiver.

For både arbeidstaker og arbeidsgiver vil det være sentralt om det er inngått skriftlig avtale om konkurranseregulering.

Skriftlig arbeidsavtaler kan også ha betydning for retten til arbeidsresultatet.

Flere virksomheter inngår overtakelsesavtaler i forbindelse med ansettelse. Jfr. ansettelseskontrakt ved UIO. I forbindelse med forskning og utvikling er arbeidsgiver interessert i å overta rettigheter i forbindelse med produktutvikling eller oppfinnelser. For at arbeidsgiver skal være sikret slike rettigheter, må dette avtales skriftlig.

I forbindelse med inngåelse av arbeidskontrakter kan det forekomme at det avtales bindingstid. Bindingstiden kan være enten ensidig eller gjensidig. Ofte medfører slike avtaler fordeler for den ansatte i form av høyere lønn, rett til aksjeposter og andre goder. Slike avtaler bør inn i en arbeidsavtale. Selv om en muntlig avtale er like bindende som en skriftlig, vil arbeidsgiver ha den bevisbyrden ved tvist om tolking av avtalen. I Rt- 2006-420²⁷ var det inngått en bindingsavtale mellom et firma og en eiendomsmegler for fire år. Det ble tvist om arbeidsforholdet da den ansatte, ville si opp stillingen før bindingstiden var utløpt.

²⁶ Jakhellen, Oversikt over arbeidsretten s. 320

²⁷ Rt-2006-420

Det ble pekt på at det ikke var noe krav om skriftlig arbeidsavtale da avtalen ble inngått i 1992. Arbeidstakeren påberopte seg at avtalen om binding burde ha vært avtalt skriftlig og at den var urimelig i forhold til avtalelovens § 36. Etter at HR grundig hadde vurdert den kontraktrettslige siden, kom de likevel til at avtalen var bindende for arbeidstakeren. Etter den nye arbeidsmiljøloven er aml § 14-5 en ordensregel. Vilkår som ikke er avtalt skriftlig kan derfor tolkes i arbeidsgivers disfavør, dersom ikke arbeidsgiver klart kan sannsynliggjøre at avtalen er gjeldende.

Selv om det inngås en skriftlig avtale, kan den bli gjenstand for revisjon etter avtalelovens § 36. I et slikt tilfelle vil særlige urimelige avtalevilkår blir vurdert. Slike vurderinger vil bli foretatt ut fra en helhetlig vurdering hvor det vil bli lagt vekt på arbeidsavtalen, partenes stilling ved inngåelse og forhold for øverig. I Rt-2000-1800 vurderte HR om et bostedsvilkår i en ansettelsesavtale var urimelig. Etter en samlet vurdering kom HR til at arbeidsgiver hadde gode grunner for bostedsvilkåret. Dersom et bostedsvilkår blir tatt inn i en skriftlig arbeidsavtale, vil det med andre ord, skal det mye til å endre dette.

Dersom en avtale er inngått på ved at det er gitt feilaktige opplysninger²⁸ for eksempel ved en tilsetning, kan avtalen bli kjent ugyldig²⁹.

²⁸ I Rt-2004-76 hadde en allmennlærer fått arbeid i kommunen hvor det etter ansettelsen viste at han ikke hadde de nødvendige kvalifikasjonene som hadde oppgitt at han hadde.

²⁹ Fremstillingen bygger her på Fougner, Endring i arbeidsforhold, side 97-99.

3.0 Betydningen av skriftlighet for arbeidsavtalens innhold.

Minimumskravene til innholdet i en arbeidsavtale jfr. aml § 14-6

Denne delen av oppgaven drøfter hvilken betydning skriftlighet har for innholdet i en arbeidsavtale. Her vil de formelle og materielle vilkårene i aml § 14-6 bli behandlet. De enkelte kravene blir handlet i den rekkefølge som følger av paragrafen. Aktuelle problemstillinger anskueliggjøres gjennom problemstillinger som er hentet fra rettskildene. Aml § 14-6 lister opp minimumskrav til en arbeidsavtale. En arbeidsavtale skal inneholde vesentlige opplysninger om arbeidsforholdet. EU-direktivets art. 3 nr. 1 gjør det klart for medlemsstatene at arbeidsgiver må gi arbeidstakerne informasjon om arbeidsbetingelsene skriftlig. Arbeidsmiljøloven ble fra 1. januar 2000 endret slik at dette vilkåret ble i varetatt. Endringene ble behandlet i Ot.prp 77 (1998-99) og Innst. O. nr 5 (1999-2000).

Minimumskravene i aml § 14-6 er ikke uttømmende. I følge lovens ordlyd skal det som er av "vesentlig betydning for arbeidsforholdet" tas med. Dette betyr at andre relevante momenter kan være aktuelle i en arbeidsavtale. Kravene vil bli behandlet punkt for punkt. I forbindelse med de enkelte punkter, drøftes aktuelle problemstillinger fra forarbeidene og rettspraksis, samt rekkevidden av bestemmelsen.

3.1 Partenes identitet

"a) partenes identitet"

Her vil særlig problemstillinger knyttet til hvem som er arbeidsgiver bli drøftet. Loven gjør det klart at partenes identitet må angis. Det må med andre ord ikke være noen tvil om hvem som er arbeidsgiver og arbeidstaker. Formålet er å hindre situasjoner hvor ingen ønsker å vedkjennes seg arbeidsgiveransvar. Det følger klart av loven at arbeidsgivers identitet skal fremgå i arbeidsavtalen.

Bestemmelsen er relevant i de tilfeller der vi har med sammensatte virksomheter å gjøre. Arbeidsplassen må angis, og det må gis en beskrivelse av arbeidets oppgaver, omfang og varighet. I noen situasjoner kan det tenkes at en arbeidstaker ikke har noe fast arbeidssted.

Arbeidstaker

Arbeidstakerbegrepet er sentralt for å forstå lovens anvendelsesområde. I aml § 1-8 første ledd defineres arbeidstaker som "enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste". I følge EØS-retten er det ved fastleggelsen av innholdet i begrepet arbeidstaker sentralt at det utføres et arbeid i en annens tjeneste under ledelse og mot godtgjørelse. EF-domstolen³⁰ har behandlet spørsmålet om arbeidet må ha et bestemt omfang for å falle inn under arbeidstakerbegrepet. Domstolen har slått fast at begrepet også skal gjelde for personer som utfører et arbeid som ikke er tilstrekkelig nødvendig underhold. Det fremstår derfor som rimelig klart at deltidsarbeid faller inn under arbeidstakerbegrepet. I Lair-saken, sak 39/86, ble det slått fast at selv om en person blir arbeidsledig, mister han eller hun ikke uten videre statusen som arbeidstaker.

Forarbeidene peker på at den arbeidstaker er den som står til arbeidsgivers disposisjon og er under arbeidsgivers ledelse og kontroll disposisjon. Begrepet avgrenses mot ulike type verv enten det dreier seg om politiske eller styreverv i politikken. Næringsdrivende, oppdragstakere og konsulenter regnes heller ikke som arbeidstakere. Oppregningen er ikke fullstendig. Arbeidsmiljølovens bestemmelse kan få anvendelse på for eksempel skoleelever og personer som utplasseres i forbindelse med opplæring og attføring dersom denne virksomheten omfattes av arbeidsmiljøloven³¹.

Forarbeidene fremhever at det i bedømmelsen av hvorvidt det foreligger et arbeidsforhold skal legges vekt på om arbeidstakeren har en plikt til å stille sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver og underordne seg arbeidsgiver. På den annen side stiller arbeidsgiver rom og utstyr til rådighet. Forholdet preges av stabilitet hvor arbeidstaker mottar lønn/vederlag og arbeidsgiver bærer risikoen for arbeidsresultatet. Det nevnes også at det i vurderingen skal legges vekt på om hvorvidt det arbeides for en oppdragsgiver.

Mindreårige kan også bli regne som arbeidstakere. I følge vgml av 1927 har en mindreårig som har fylt 15 år rett til å si opp en arbeidsavtale. Når den nye vgml

³⁰ Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyen, Kolstad ; EØS-rett s. 340-341

³¹ Fougner; Arbeidsavtalen – utvalgte emner

trer i kraft (vgml av 26. mars 2010), vil også en som har fylt 15 år ha rett til å inngå arbeidsavtaler. I dagens lov kreves tillatelse fra vergen jfr. vgml § 32. I rettspraksis er Rt-2007-1458³² sentral når det gjelder å fastlegge innholdet i arbeidstakerbegrepet. Det ble i dommen lagt vekt på ” måten arbeidet var organisert på” og at ” C var underlagt selskapets ledelse” HR la vekt på styringsretten var etablert i arbeidsforholdet og at dette dermed måtte tillegges vekt i vurderingen om C hadde status som arbeidstaker.

Arbeidsgiver

Arbeidsgiverbegrepet er et sentralt begrep når det gjelder identifikasjon av hvem pliktsubjektet er. Det er viktig å få klarlagt hvem som er arbeidsgiver av flere grunner. For det første har arbeidsgiver ansvaret for at arbeidsavalen oppfylles. For det andre har arbeidsgiver ansvar for arbeidsmiljøet og kan bli stilt økonomisk ansvarlig ved eventuelle søksmål fra arbeidstaker.

Arbeidsgiver er i følge aml § 1-8 ”enhver som har ansatt en arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”. Forarbeidene slår fast at arbeidsgiver ikke bare er en juridisk person, men den som også leder arbeidet i arbeidsgivers sted.

I følge aml § 15-4 skal det i forbindelse med oppsigelse oppgis hvem som er arbeidsgiver og dermed rett saksøkt. I forbindelse med eventuell tvist om arbeidsforholdet vil det være av sentral betydning at arbeidstaker vet hvem arbeidsgiver er.

I Back Stage dommen jfr. Rt-1993-954 oppsto det tvist om hvem som var arbeidsgiver i en restaurantbedrift og på den måten rett saksøkt som følge av oppsigelse. HR kom til at de to eierne hadde drevet virksomheten personlig og som arbeidsgivere. I dommen kom det klart frem at det er ”av sentral betydning for en arbeidstager å kjenne til hvem som er hans eller hennes arbeidsgiver”.³³ Det ble videre forutsatt at det ut fra en avtalerettslig vurdering må legges til grunn at det foreligger personlig ansvar for ansettelsene, dersom det ikke klart fremgår at de ansatte er ansatt i et selskap.

I Rt 2007-1458 var spørsmålet om en forulykket dykker var å anse som arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende. HR kom til at til tross for at

³² Rt-2007-1458 (37)

³³ Rt-1993-954 side 958

dykkeren var registrert som enkeltmannsforetak, fakturerte sin virksomhet og betalt merverdiavgift, ble det ikke trukket skatt eller betalt arbeidsgiveravgift. HR kom til etter en "helhetsvurdering av de konkrete omstendigheter"³⁴ at dykkeren var å anse som ansatt. Det ble spesielt pekt på måten arbeidet ble organisert på. Herunder at avtaleforholdet var preget av styringsretten når det gjaldt utførelsen av arbeidet.

I forhold til betydning av eventuell skriftlighet, viste HR til at det ikke var inngått noen skriftlig avtale verken om arbeidet eller varighet.

I rettspraksis har arbeidstaker og arbeidsgiverbegrepene hatt betydning i forhold til spørsmålet om det foreligger et arbeidsforhold og arbeidsgiveransvarets plassering i forhold til hvorvidt flere selskaper/ virksomheter kan få felles arbeidsgiveransvar. Det er ikke uvanlig at arbeidsavtaler inngås med virksomheter. Disse virksomhetene kan inngå i komplekse sammenslutninger. Problemstillinger om hvem som er arbeidsgiver og hvor langt arbeidsgiveransvaret rekker kan oppstå i forbindelse med mor-datterselskaper.

I Rt 1990-1126 kom HR frem til at et morselskap og datterselskap hadde felles arbeidsgiveransvar. I sin begrunnelse ble det trukket frem at avtalen gjorde det klart at arbeidstakeren var ansatt i morselskapet, men var flyttet for å lede datterselskapet. Avtalen gjorde det også klart at når dette oppdraget var utført skulle han gjeninntre i morselskapet.

I denne saken ser vi også betydningen av at arbeidsforholdet er avtalt skriftlig.

3.2 Arbeidsplassen

"b) arbeidsplassen. Dersom det ikke eksisterer noen fast arbeidsplass eller hovedarbeidsplass skal arbeidsavtalen gi opplysning om at arbeidstakeren arbeider på forskjellige steder, og oppgi forretningsadressen eller eventuelt hjemstedet til arbeidsgiver"

³⁴ Rt-2007-1458 (35)

Vi leser ut av ordlyden at arbeidsavtalen skal angi konkret hvor arbeidstakeren skal stille sin arbeidskraft til disposisjon for. Ordlyden skal ikke forstås slik at den beskytter arbeidstakeren mot enhver endring av arbeidssted. Det vil normalt ligge innenfor arbeidsgivers styringsrett å avgjøre hvor arbeidstakeren skal stille sin arbeidskraft til disposisjon. Styringsretten må holdes innenfor rammen av lov, tariffavtaler og den individuelle arbeidsavtalen. Dersom arbeidsstedet er konkret angitt i den skriftlige arbeidsavtalen, må arbeidsgiver ha mer saklig grunn til å endre arbeidssted enn om arbeidsavtalen ikke inneholder noen presisering av dette.

For å unngå dobbeltbehandling, vil spørsmål knyttet til arbeidsgivers rett til å flytte eller endre arbeidssted bli behandlet senere. Arbeidssted, det sted hvor arbeidet skal utføres, er avhengig av hva partene har avtalt. Hvorvidt arbeidstaker vil være forpliktet til å flytte avgjøres ut fra arbeidsavtalen og en tolking av den. I enkelte bransjer vil det være mer opplagt at flytting på påregnes. Dette kan særlig være aktuelt i bygg og anlegg og i forbindelse med rederiansettelser. Men også i enkelte offentlige stillinger den ansatte å regne med flytting av arbeidssted. Hvilken betydning skriftliggjøring har for arbeidsgivers rett til å flytte arbeidstakeren til et nytt arbeidssted, vil bli behandlet senere i forbindelse med kapittel 4.3

3.3 Beskrivelse av arbeidets tittel, stilling eller arbeidskategori.

”c) en beskrivelse av arbeidet eller arbeidstakerens tittel, stilling eller arbeidskategori

For å skape forutsigbarhet rundt den ansattes arbeidsoppgaver viser aml § 14-6 første ledd bokstav c at arbeidsavtalen skal inneholde ” arbeidstakerens tittel, stilling eller arbeidskategori”. Litt avhengig av arbeids art kan det også følge en instruks som nærmere presiserer innholdet enkelte arbeidsoppgaver og hvordan de skal utføres. En tittel eller beskrivelse kan skape uklarhet om hva som oppgaver som konkret ligger til stillingen. En instruks vil klargjøre ansvarsområde og rapporteringsrutiner. En arbeidsbeskrivelse eller instruks bidrar til å skape orden og forutsigbarhet for begge parter. For arbeidstakeren

på den måten at han vet hva som kreves av ham. For arbeidsgiver at han/hun vet mer om hvordan arbeidet kan vurderes. I praksis kan en slik avklaring i form av instruks bidra til et godt psykososialt arbeidsmiljø jfr. aml § 4-1. Et spørsmål kan være om en skoleassistent kan settes til å koke kaffe til skolens øvrige personale i tillegg til sin hovedoppgave som går ut på å følge opp noen navngitte elever. Dersom dette ikke er skriftlig avtalt, kan det by på bevismessige utfordringer dersom det nok så hypotetisk skulle bli tvist om arbeidsforholdet. Det kan forventes at en skolevaktmester utfører vanlige vaktmesteroppgaver på skolen, men ikke at rektor forventer at vaktmester også gjør "vaktmesteroppgaver" for rektor hjemme, men mindre det er snakk om en tjenestebolig og det følger av instruksen at dette arbeidet også skal utføres. En stillingsinstruks³⁵ bør tas med i den individuelle arbeidsavtalen. På den måten vil instruksen ha betydning når partenes plikter og rettigheter skal fastlegges.

Ved saklig grunn for oppsigelse vil arbeidsavtale og instruks bli vurdert. I tillegg vil en arbeidsavtale kunne inneholde bestemmelser om mulighetene for verv/oppdrag utenfor arbeidsforholdet, det bestemte arbeidsforholdet. I slike tilfeller vil det bli forventet lojalitet og lydighet fra arbeidstakerens side.

Selv om en instruks skaper ryddige arbeidsforhold, kan den noen ganger begrense fleksibiliteten. Dette er spesielt aktuelt i de tilfeller hvor det oppstår rigiditet i forhold til instruksen. I slike tilfeller kan det være nødvendig å endre instruksen, eventuelt si opp avtalen og inngå ny avtale. Saklighetshensynet jfr. aml § 15-7 må selvsagt være oppfylt.

I forbindelse med utarbeidelse av arbeidsavtalen og instruks må derfor det foretas en vurdering av arbeidstakerens og arbeidsgiverens behov. Dersom arbeidsgiver ønsker fleksibilitet kan arbeidsavtalen utformes slik at det tas inn en klausul om at instruksen kan endres når virksomheten har behov for dette. Til tross for en slik klausul, vil ikke arbeidsgivers styringsrett være ubegrenset. Ved store endringer kan spørsmål knyttet til endringsoppsigelse være aktuell.

³⁵ Tom H Beck mfl Arbeidsrett 7 utgave side s.17

3.4 Tidspunktet for arbeidsforholdets begynnelse

”d) tidspunktet for arbeidsforholdets begynnelse”,

Bestemmelsen kan ses i sammenheng med § 14-6 (3) i forhold til prøvetid og § 15-3 i forhold til oppsigelsesfrister. I slike sammenhenger vil arbeidsforholdet begynnelse ha betydning.

Dersom det er prøvetid knyttet til en stilling, må stillingsforholdets begynnelse naturligvis oppgis. I enkelte stillinger vil også oppsigelsesfrister avhenge av hvor lenge en person har vært ansatt. Det kan for eksempel i prøvetiden gjelde en gjensidig oppsigelsesfrist på 14 dager, men etter prøvetidens utløp er fristen normalt 1 måned. Dersom det ikke finnes noen referanse til starttidspunktet for arbeidsforholdet vil dette kunne by på problemer og vanskeliggjøre beregning av ansiennitet, sykepenger, pensjonspoeng og andre trygdeytelser.

Skriftliggjøring av starttidspunktet for et arbeidsforhold vil også ha betydning for oppsigelse og hvem som skal sies opp hvis det er snakk om masseoppsigelser. Ansiennitet vil i noen yrker, spesielt i offentlig sektor, ha betydning for lønns plassering. I forhold til oppsigelse er det forhandlinger mellom arbeidsgiver og arbeidstakers organisasjon som avgjør hvor stor vekt det skal legges på ansiennitet og den ansattes kvalifikasjoner. I den kollektive arbeidsretten kan det likevel utledes at ansiennitetsprinsippet tillegges stor vekt, så lenge det ikke er snakk om at arbeids art er såpass spesiell at kvalifikasjonsprinsippet må legges til grunn. Hovedavtalen mellom LO og NHO § 9-12 viser til at ansiennitetsprinsippet kan fravikes når det foreligger saklig grunn.

Selv om en arbeidsavtale bare skulle være avtalt muntlig, vil det være mulig å komme frem til et cirka tidspunkt for arbeidsforholdets begynnelse ved blant annet å ta utgangspunkt i den første lønnsutbetalingen ³⁶.

³⁶ Fougner; Arbeidsavtalen – utvalgte emner, side 289

3.5 Forventet varighet dersom arbeidsforholdet er midlertidig

”e) forventet varighet dersom arbeidsforholdet er midlertidig,”

Aml § 14-9 viser at fast ansettelse er hovedregelen. I aml § 14-9 litra e er det gjort et unntak fra bestemmelsene om midlertidig tilsetting for idrettsutøvere, trenere og andre typer ledere innen idretten. Det kan tilsettes midlertidig når arbeidet er begrenset til en bestemt tidsperiode eller at arbeidets art forbigående. En tidsbegrenset stilling opphører når et oppdrag er utført eller kontrakten utløper. I forarbeidene er det uttrykt av at formålet med bestemmelsen ”er å sikre trygghet og stabilitet i arbeidsforholdene”.³⁷

Det fremgikk av tidligere arbeidsmiljøloven før 1997 at midlertidighet skal avtales skriftlig. Skriftlighetskravet til arbeidsavtaler kom inn i aml §§ 55B-55F med virkning for alle arbeidsforhold.

I Rt-2005-826 fremgår det at dersom arbeidsgiver ansetter noen tidsbegrenset og det ikke er hjemmel for dette, kan dette bli karakterisert som en ulovlig midlertidig ansettelse. Begrensningene i bruken av tidsbegrensede tilsettingsforhold begrunnes i at dersom arbeidsgiver i for stor grad fikk mulighet til å inngå midlertidig arbeidsavtaler, kunne dette i virkeligheten bli en kamouflert prøvetid. I tillegg kunne det ha gått utover arbeidernes oppsigelsesvern. I innstilling til odelstinget O nr 2 (1994-1995) gav komiteens flertall uttrykk for bekymring for den økende bruken av midlertidig ansettelse³⁸. En ansettelse som er i strid med aml regler om midlertidig ansettelse, gir arbeidstakeren rett til fast ansettelse³⁹. På den annen side taler reelle hensyn for midlertidig ansettelse. I noen tilfeller er arbeidet klart av forbigående karakter. Videre kan arbeidsgiver ha problemer med å skaffe kvalifisert arbeidskraft. Jfr. Rt – 1985-1141.

Dersom tidsbegrensning ikke er avtalt skriftlig, følger det av rettspraksis at arbeidsgiver i et slikt tilfelle vil ha bevisbyrden for at arbeidsforholdet er tidsbegrenset.

Ved påstand om at avtalen om midlertidighet er i strid med loven, vil arbeidsgiver kunne få problemer med å bevise at kravene til midlertidig avtale

³⁷ O. nr 6 (1996-1997)

³⁸ Innst O nr 2 (1994-1995) side 29

³⁹ Rt-1989-1116

er oppfylt. Manglende etterlevelse av ordensbestemmelsen om skriftlig arbeidsavtale vil i seg selv tale mot arbeidsgiveren. Jfr. Rt-2007-129. Rettspraksis jfr. Rt- 2007-129 viser at skriftlighetskravet er en "ordensforskrift" og ikke et "gyldighetsvilkår".⁴⁰

3.6 Prøvetidsbestemmelser

"f) eventuelle prøvetidsbestemmelser, jfr. § 15-3 sjuende ledd og § 15-6"

I flere stillingsforhold kan prøvetid være aktuelt. Et vilkår er at prøvetiden er avtalt skriftlig. Jfr. aml § 14- 6 (1) og aml § 15- 3 (7). Dersom prøvetid ikke er avtalt, foreligger det ingen prøvetid. Det innebærer at de spesielle reglene om oppsigelse i prøvetiden jfr. aml § 15-6 ikke kan anvendes⁴¹. En manglende skriftliggjøring av en avtale om prøvetid, vil med andre ord gjøre en slik avtale ugyldig. Vi ser dermed at når det gjelder bestemmelsen om prøvetid, så er skriftlighetskravet en gyldighetsbetingelse.

I rådsdirektiv 91/533/EØF er det imidlertid ikke inntatt noe tilsvarende krav. Hensynet bak å kunne avtale prøvetid er at arbeidsgiver kan ha et behov for å kunne teste arbeidstakers egnethet i arbeidet. I praksis innebærer prøvetid at partene har et dårligere vern, spesielt med tanke på oppsigelsesfrister.

Aml § 15-6 (3) gjør det klart at prøvetid bare kan avtales for maksimalt seks måneder. I enkelte tilfeller kan det på grunn av fravær i prøvetiden være aktuelt å forlenge prøvetiden. Vilkåret for en slik forlengelse er at dette er skriftliggjort for arbeidstakeren. Arbeidsavtalen bør i så fall inneholde en klausul om at prøvetiden kan bli forlenget under gitte betingelser. Dersom det i utgangspunktet er avtalt kortere prøvetid enn 6 måneder kan denne forlenges dersom partene er enige om det.

I prøvetiden gjelder det etter aml § 15-3 en gjensidig oppsigelsesfrist på 14 dager. Det er ikke noe i veien for å avtale en lengre oppsigelsesfrist dersom partene er enig om det.

⁴¹ Jakhellen, Oversikt over arbeidsretten side 236

Fra rettspraksis kan det nevnes at dersom det er aktuelt å gi fast ansettelse etter et vikariat i et likeartet arbeid er det ikke grunnlag for å gi prøvetid i den nye stillingen. Dersom det er aktuelt å gi en ansatt en annen type stilling i et firma, kan prøvetid for den nye stillingen avtales. Det betinger at den ansatte har mulighet til å gå tilbake til tidligere stilling, jfr. Rt- 1997-560. Prøvetid må naturligvis avtales skriftlig.

I Rt- 1996-1965 dreide saken seg om omstilling hvor noen av de ansatte fikk tilbud om å gå over fra pakkeavdelingen til telefonsalg. I forbindelse med de nye stillingene ble det innført prøvetid. Spørsmålet her var om det var anledning til å avtale prøvetid når en virksomhet må rasjonalisere og tilby arbeiderne annet type arbeid. HR under dissens 4-1 kom til at det er et krav at prøvetid må avtales skriftlig, men at de nye arbeidsoppgavene var svært personavhengige. Det var derfor greit med prøvetid for de nye stillingene.

Vi har her sett at skriftlighetskravet er sentralt og har betydning for avtalens gyldighet.

Ferie og feriepenger

”g) arbeidstakerens rett til ferie og feriepenger og reglene for fastsettelse av ferietidspunktet,”

Arbeidsavtalen skal også angi arbeidstakerens ”rett til ferie og feriepenger og reglene for fastsettelse av ferietidspunktet”. Lovens krav kan oppfylles ved at det i arbeidsavtalen henvises til bestemmelsene i ferieloven som regulerer disse forhold, jfr. § 14-6 annet ledd. Arbeidsgiver kan i kraft av styringsretten bestemme når ferien for de ansatte skal avvikles jfr. ferieloven § 6. Styringsretten må naturligvis utøves innenfor rammen av lov og avtaler. Arbeidsgiver plikter å konferere med ansatte om tidspunktet for ferie og senest to måneder før ferien starter underrette de ansatte om tidspunktet for når ferien skal avvikles. Utvidet ferie i forhold til ferieloven § 5 må avtales. En skriftlig avtale vil her tilfredsstillende arbeidstakerens behov for forutsigbarhet. Andre alternative ferieordninger bør også nedtegnes i en arbeidsavtale.

Arbeidstakerens rettigheter i forbindelse med ferie er relativt godt ivaretatt i ferieloven. Arbeidsgivers plikt til å drøfte ferie med de ansatte er en ordensregel. Skriftlighet vil til tross for dette bidra til forutsigbarhet og klarhet og arbeidstaker og arbeidsgiver vil ha dokumentasjon på hva som er avtalt.

3.8 Oppsigelsesfrister

h)Arbeidstakerens og arbeidsgiverens oppsigelsesfrister,

I aml § 15-3 finner vi reglene om oppsigelsesfrister⁴². Hovedregelen er en måneds oppsigelsesfrist dersom ikke noe annet er avtalt eller fastsatt i tariffavtale. Det er mulig å avtale gunstigere oppsigelsesfrister enn det som er minimum for arbeidstaker. Men avtaler må ikke være til arbeidstakers ugunst. Det er ikke mulig å avtale at det ikke skal være oppsigelsesfrist i et stillingsforhold. I praksis kan en arbeidstaker som har levert sin oppsigelse fordi vedkommende har fått annen jobb, få slutte før oppsigelsesfristens utløp dersom arbeidsgiver finner dette i orden.

Under prøvetiden gjelder det en gjensidig frist på fjorten dager, med mindre lengre frist er skriftlig avtalt, jfr. § 15-3 syvende ledd.

Arbeidsforhold som er tidsbegrenset, opphører normalt ved avtalens utløp, eller når oppgaven er utført, jfr. § 14-9 fjerde og femte ledd. Dette understreker at det er sentralt at tidsbegrensede avtaler inngås skriftlig. Dersom et arbeidsforhold har vært midlertidig i over fire år, inntreer de vanlige oppsigelsesfristene.

For arbeidstakere som har vært midlertidig ansatt etter aml § 14-9 første ledd bokstav a og b og der midlertidigheten har vart i over fire år, kommer de alminnelige regler om oppsigelsesfrister til anvendelse. I "leieforhold" avgjør avtalen mellom innleier og utleier og utleier og arbeidstaker oppsigelsesfristene. Skriftlige avtaler i strid med arbeidsmiljølovens regler vil måtte vike for lovens bestemmelser. Skriftlighet er likevel viktig i de tilfellene det avtales gunstigere oppsigelsesfrister enn det som er lovens minimum.

⁴² Jakhelln og Aune; kommentarer til aml, side 671

3.9 Lønnsbetingelser og godtgjørelser

”J) den gjeldende eller avtalte lønn ved arbeidsforholdets begynnelse, eventuelle tillegg og andre godtgjøringer som ikke inngår i lønnen, for eksempel pensjonsinnbetalinger og kost- eller nattgodtgjørelse, utbetalingsmåte og tidspunkt for lønnsutbetaling”

Flere lønnsystemer er aktuelle. Lønnen kan fastsettes ved tariffavtaler eller avtaler mellom arbeidstaker og arbeidsgiver på den enkelte bedrift. En vanlig avlønningsordning er tidslønn. Her betales det en fast lønn i form av månedslønn som oftest er uavhengig av selve den ansattes resultat.

Prestasjonslønn er avhengig av resultatet. Godt resultat betyr god lønn. Vanlige former for prestasjonsavlønning er akkord og bonusordninger.

Ordlyden i aml § 14-6 j gjør det klart ”lønn ved arbeidsforholdets begynnelse” skal avtales skriftlig. Dessuten skal andre tillegg som ikke er en del av faste lønnen avtales. Videre skal det angis pensjonsinnbetalinger, utbetalingsmåte⁴³ og dato for lønnsutbetalinger. Dersom ikke noe annet er avtalt, må arbeidstakeren godta at lønnen utbetales etterskuddsvis. Avtalen kan inneholde en klausul om at lønnen skal være i forhold til enhver tids gjeldene tariffavtale. Dersom lønnen ikke er avtalt skriftlig, kan det bli et problem i ettertid å få bevist hva som er avtalt.

En arbeidsavtale kan også inneholde bestemmelser om arbeidsgivers mulighet til å korrigere feil i utbetaling av lønn, jfr. aml § 14-15. En slik avtale bør vær inngått før trekk i lønn gjennomføres. I aml § 14-15 (2) gis det et generelt forbud mot trekk i den ansattes lønn. Ved feil utbetaling av lønn kan arbeidsgiver etter avtale med den ansatt foreta trekk i fremtidige lønnsutbetalinger. En arbeidsgiver er naturligvis berettiget til å foreta lønnstrekk dersom en ansatt uteblir fra jobben uten godkjent grunn. Arbeid som ikke blir gjort som følge av ugyldig fravær, skal heller ikke betales. Denne type korrigeringer i lønnsutbetalingene er ikke å regne som trekk i lønn i følge aml § 14-15.

⁴³ NOU 2004:5 side 488-489.

For øvrig kan det nevnes at ved for mye utbetalt lønn, kan reglene om *condictio indebiti* være aktuelle. Her vil spørsmålet blant annet kunne være om mottaker har vært i god tro. Dette må avgjøres i hvert enkelt tilfelle.

I forbindelse med sykdom, kan betydningen av en skriftlig avtale være sentral. Dersom en arbeidstaker blir syk, kan arbeidstakeren med hjemmel i avtale eller tariffavtale ha krav på full lønn under sykdom. I følge lov om folketrygd § 8-16 skal det ytes 100 prosent kompensasjon for bortfall av lønn under sykdom. I følge § 8-10 kan ikke sykepengegrunnlaget overstige seks ganger grunnbeløpet i folketrygden. Grunnbeløpet er per 1.5.2010 kr 75.641. Det vil si at dersom en arbeidstaker har en lønn på over kr 453.846, vil arbeidstakeren etter at arbeidsgiverperioden har utgått, i utgangspunktet bare ha krav på seks ganger grunnbeløpet fra folketrygden. Det ikke noe i veien for at en arbeidsavtale inneholder bestemmelser om full lønn under sykdom i arbeidsgiverperioden selv om dette overskrider seks ganger grunnbeløpet i folketrygden.

3.10 Arbeidstiden

I følge ordlyden skal i aml § 14-6 bokstav j "lengde og plassering av den avtalte daglige og ukentlige arbeidstid" angis i arbeidsavtalen.

I følge aml § 10-1 defineres arbeidstid som den tiden arbeidstakeren står til disposisjon for arbeidsgiveren. Motsatt er fritid definert som den tiden arbeidstakeren ikke står til disposisjon for arbeidsgiveren.

Arbeidstidsbestemmelsene kommer ikke til anvendelse på arbeidere i ledende stillinger eller i de tilfeller hvor en arbeidstaker har en særlig fri stilling.

Arbeidstiden bør som en følge av bestemmelsen angi den konkrete arbeidstiden⁴⁴. Den gjennomsnittlige alminnelige arbeidsdag og arbeidsuke må oppgis i arbeidsavtalen aml § 10-4 angir den normale arbeidstiden per uke til maksimalt 40 timer. Arbeidet kan fordeles ulikt på enkelte ukedager med den begrensning at det ikke arbeides mer enn 9 timer per døgn. Det kan også

⁴⁴ Rt-2001-418. I følge denne dommen ligger det innenfor arbeidsgivers styringsrett å bestemme når arbeidstiden begynner med de begrensninger som følger av styringsretten.. Styringsretten er definert som arbeidsgivers rett til å lede, fordele, organisere og kontrollere arbeidet.

nevnes at helge- og nattarbeid må skriftliggjøres i den enkeltes arbeidstidsavtale.

Den enkelte arbeidstaker kan ved individuell arbeidstidsavtale 48 timer per uke og 9 timer per dag. Slike avtaler kan inngås med ett års varighet, jfr. aml § 10-4⁴⁵. Avvikende arbeidstidsordninger kan også inngås etter avtale med arbeidstilsynet. Mye av arbeidstidsbestemmelsene er i dag regulert gjennom tariffavtaler og særavtaler. Men individuelle avtaler om arbeidstid kan inngås i flere virksomheter.

I arbeidslivutvalgets innstilling⁴⁶ ble hensynet bak arbeidstidsreglene drøftet. Det ble fremhevet hensynet til arbeidstakernes helse, miljø og sikkerhet. Det er en samfunnsinteresse å forhindre regler som påføre bedrifter og samfunn kostnader ved sykdom og uførhet. Samtidig som det ble lagt vekt på virksomhetens behov for fleksible arbeidstidsordninger som kan være nyttig både for arbeidsgiver og arbeidstakere. Videre ble Rådsdirektivet 91/533/EØF og en dom C-350/99 ble diskutert.

Det ble i denne sammenheng vist til at våre internasjonale forpliktelser tilsier at arbeidsgiver plikter å informere om hovedinnholdet i arbeidsavtalen. Dette må sees i forhold til kravet til skriftlighet. Problemstillingen som ble drøftet gjaldt gjennomsnittsberegning av arbeidstiden og retten til å pålegge overtidarbeid. En eventuell avtale om gjennomsnittsberegning skal gjøres skriftlig. I forbindelse med pålegg om overtid drøftes en dom fra EF domstolen om arbeidsgivers rett til å pålegge en ansatt overtid når dette ikke er en del av arbeidsavtalen. Domstolen kom til at det må informeres om en slikt pålegg som en del av arbeidsgivers informasjonsplikt om hovedinnholdet i arbeidsavtalen. Arbeidslivsutvalget mente at forholdet til EØS -retten her måtte få betydning for norsk lovgivning.

Arbeidslivsutvalget drøftet de lege ferenda bestemmelser om arbeidstid burde samles i en egen lov. Dette ble drøftet på det grunnlag de fleste EU-land har samlet reglene i en egen lov.⁴⁷ Et argument for en egen arbeidstidslov var at reglene da ville bli mer synlige. På den annen side fremhevet utvalget at den

⁴⁵ Erik C Aagaard og Nina Melsom, Bedriftens personalhåndbok (2006) side 70

⁴⁶ NOU 2004:5 side 234

⁴⁷ NOU 2004: 5 side 239

norske tradisjonen må ha disse reglene sammen med de andre arbeidsrettslige reglene. Gjennom en slik løsning blir helheten ivaretatt.

Skriftlige arbeidsavtaler om individuelle arbeidstidsordninger vil bidra til orden og oversikt i arbeidsforholdet.

3.11 Pauser

”K) lengde av pauser”

Aml § 14-6 første ledd bokstav k gjør det klart at arbeidsavtalen skal angi ”lengde av pauser”. Bestemmelsen kom også inn i loven ved lovendringen i 2005. I følge ordlyden er det naturlig å forstå pause som arbeidsfri. I følge aml § 10-1(1) er arbeidsfri den tid arbeidstakeren ikke står til disposisjon for arbeidstaker. NOU 2004:5 peker på at pauser skal ”ivareta arbeidernes behov for å hvile og spise”.⁴⁸

I flere arbeidsforhold er det vanlig at de ansatt har ”betalt” spisepause. I slike tilfeller kan de ansatte spise, men vil i utgangspunktet være disponible for arbeidsgiver. Dette betyr at en ansatt ikke har helt fri og kan velge å forlate arbeidsplassen uten arbeidsgivers tillatelse. Dersom ikke annet er avtalt skal arbeidstakerne ”forlate arbeidsrommene”⁴⁹ i pausene. I følge ordlyden skal altså lengden av pauser oppgis. I følge aml § 10-9 (1)”. Pausene skal til sammen være minst en halv time hvis den daglige arbeidstid er minst åtte timer”. Dersom ikke arbeidstakeren kan forlate arbeidsstedet i pausene, regnes denne som en del av arbeidstiden. Betydningen av skriftlighet på dette området kan vise seg i forhold til de tilfeller hvor arbeidstiden avviker fra angitt normer i arbeidsmiljøloven. I slike tilfeller vil den skriftlige arbeidsavtalens bestemmelser om pausetid være av stor betydning.

Arbeidets art og omfang kan gi forskjellige varianter når det gjelder organisering av pauser⁵⁰. Forarbeidene peker på at både lengden av pauser og plassering av pausene skal avtales.

I aml § 11-5 finner vi spesielle regler om hvilepauser og fritid for arbeidstakere under 18 år. Bestemmelsen innebærer et krav om hvile både i forhold til jobb og

⁴⁸ NOU 2004:5 side 553

⁴⁹ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten side 286

⁵⁰ Jakhelln og Aune; kommentarer til arbeidsmiljøloven, side 436.

utdannelse. I praksis betyr dette at det ikke kan inngås en arbeidsavtale for hele sommerferien. Arbeidstakere under 18 år har krav på ferie både fra skole og jobb i minst fire uker i løpet av et år. Det fremgår at to av disse ukene skal gjennomføres i sommerferien.

Skriftlighet vil her som ellers innebære forutsigbarhet og klarhet for arbeidstakeren. Denne klarheten vil dessuten være viktig i arbeidsgivers interesse når det gjelder å kunne lede og kontrollere arbeidet.

3.12 Særlige arbeidstidsordninger

”I) avtale om særlig arbeidstidsordning, jfr. § 10-2 andre, tredje og fjerde ledd,

Arbeidslivsutvalget diskuterte fordeler ved regulering av arbeidstiden gjennom lov eller avtale⁵¹. Det ble fremhevet at det er loven vanskelig dekker alle situasjoner og behov. Gjennom avtaler kan partene avtale fleksible løsninger som de er fornøyde med.

Arbeidstiden er ofte regulert gjennom kollektive arbeidsavtaler.

Arbeidstidsdirektivet⁵² kan fravikes ved enighet mellom organisasjonene i arbeidslivet.

Arbeidstid er den tid arbeidstakeren står til disposisjon for arbeidsgiveren, jfr. aml § 10-1 (1). I Aml § 10-4 (1) skal en arbeidstaker normalt ikke arbeid mer enn 9 timer per dag innen 24 timer eller mer enn 40 timer per uke.

Arbeidstakere i ledende stillinger eller de som har en ” særlig selvstendig stilling”⁵³ er delvis fritatt for arbeidstidsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven. Det forutsettes naturligvis at arbeid ikke medfører psykiske eller fysiske belastninger som kan være skadelig eller uheldig.

I aml § 10-3 skal det utarbeides en plan som viser arbeidstakerens arbeids- og fritid. Det rom for å avtale ulike typer alternative arbeidstidsordninger skiftordninger og turnusarbeid, fleksibel arbeidstid og redusert arbeidstid. Aml § 14-6 første ledd bokstav krever at det skal avtaler om arbeidstidsordninger skal

⁵¹ NOU 2004:5 side 239

⁵² EF-direktiv 2003/88/EF. Direktivet utgjør en del av EØS-avtalen.

⁵³ Ot.prp.nr 24 (2005-2006) side 9

avtales skriftlig. Bestemmelsen kom inn i loven ved lovendringen i 2005. Formålet er at avtaler skal bidra til forutsigbarhet og ordnede forhold på arbeidsplassen og for den enkelte arbeidstaker.

I skoleverket avtales det hvert år arbeidstidsavtaler mellom rektor og den enkelte lærer. Begrunnelsen for dette er at hver lærers timeplan er spesiell. Arbeidstidsavtale inneholder en individuell plan over lærerens undervisningstimer, annen bunden tid og plasseringen av denne. I følge tariffavtale og særavtale for undervisningspersonell, kan slik avtaler endres med 14 dagers varsel. Arbeidsgiver har styringsrett når det gjelder disponeringen av arbeidstakeren innen 29 timers tilstedeværelsesplikt i den videregående skolen. I skoleverket spiller dessuten tariffavtaler og særavtaler betydning for arbeidstidsbestemmelser i den individuelle arbeidsavtalen. Arbeidstidsavtalene er et årlig supplement til den individuelle arbeidsavtalen. Lærernes arbeidstidsavtaler vil ha stor praktisk betydning for den enkelte. Arbeidstidsavtalen er utgangspunkt for spørsmål om lønn og arbeidsoppgaver. I de tilfeller en stilling ikke kan fylles helt opp til for eksempel 100 % med undervisning, må en den ansatte være forberedt på å få andre pedagogiske oppgaver som dekker resten.

Ved eventuell tvist om arbeidstidsordningen vil skriftlig avtale være viktig for løsning av tvisten. Det pålegges her som ellers arbeidsgiver et særlig ansvar for at slik avtaler inngås. Ved manglende skriftlig arbeidsavtale eller uklar avtale er det grunn til å regne med at dette vil bli tolket i arbeidsgivers disfavør.

Betydningen av en klar skriftlig arbeidstidsavtale kan også illustreres ved Rt-2009-1465. Her dreide saken seg om arbeidsgivers styringsrett og tolking av arbeidsavtaler for to sykepleiere som var ansatt som seinvakter. Høyesterett kom til at kommunen i kraft av arbeidsgivers styringsrett ikke kunne pålegge sykepleierne en turnusordning som omfattet dagvakter. Det ble her særlig pekt på arbeidsavtalen og premissen rundt avtaleinngåelsen. HR kom frem til at endringen ville bety en for stor endring i arbeidsforholdet i forhold til det som opprinnelig var avtalt.

Dersom det i arbeidsavtale tas forbehold om endringer av arbeidstidsordningen vil arbeidsgiver letter i kraft av styringsrett kunne endre arbeidstidsordninger. Partene vil i et slikt tilfelle være forberedt på at endringer vil kunne skje. Endringer i arbeidstiden blir ytterligere utdypet i forbindelse med drøftingen i Kap 4.3

3.13 Tariffavtaler som regulerer arbeidsforholdet.

”m) opplysninger om eventuelle tariffavtaler som regulerer arbeidsforholdet. Dersom avtale er inngått av parter utenfor virksomheten skal arbeidsavtalen inneholde opplysninger om hvem tariffpartene er.”

I følge arbeidstvistloven § 1 nr 8 er en tariffavtale en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver om lønns- og arbeidsforhold. Dette kan gjelde alle forhold en partene kan strides om. Tariffavtaler har en viktig rolle i reguleringen av arbeids og lønnsbetingelser. Det vil derfor sentralt at arbeidsavtalen inneholder opplysninger om dette. Arbeidstvistloven § 3 gjør det klart at en tariffavtale ikke kan fravikes verken til gunst eller ugunst for arbeidstakeren ved individuell avtale. Dette prinsippet kalles ufravikelighetsprinsippet og det står sterk i de tilfeller hvor partene er bundet av en tariffavtale. Ufravikelighetsprinsippet begrunnes med å beskytte respekten for tariffavtalens stilling i arbeidslivet. Aml krav i aml § 14-6 bokstav m kan oppfylles ved at det i arbeidsavtalen henvises til eventuelle tariffavtaler som gjelder for partene. En slik henvisning vil være en oppfordring til arbeidstakeren om å også gjøre seg kjent med en eventuell tariffavtale jfr. raml § 14-6 annet ledd. En henvisning til lover, avtaler og forskrifter kan ha betydning. Det er mest vanlig at henvisningen er til lover, forskrifter og tariffavtaler som gjelder til enhver tid. Dersom partene skulle avtale noe annet, vil det kunne få betydning for dersom det oppstår tvister i arbeidsforholdet⁵⁴.

⁵⁴ Kommenttarutgaven av arbeidsmiljøloven av Fougner og Holo s 638

4.0 Drøftelse av særlige problemstillinger knyttet til skriftlighet og arbeidsgivers styringsrett.

I den videre fremstilling vil problemstillinger knyttet til skriftlighetskravet i aml 14-5 bli drøftet. Et sentralt spørsmål er hvilken betydning skriftlighet har for en arbeidsavtales gyldighet. Det vil særlig bli fokusert på forholdets betydning av en skriftlig arbeidsavtale og arbeidsgivers styringsrett.

Betydningen av skriftlighet vil bli drøftet i forhold til endring av arbeidsforholdet. Referanserammen vil her bli grunnpregstandarden og rettsutviklingen som følge av Nøkk-dommen.

4.1 Betydningen av skriftlighet i forhold til gyldighet.

Avtaler kan som kjent fra avtaleretten bli ugyldige på grunn av mangler ved avtalens form, innhold eller mangler ved person og tilblivelse. I arbeidsretten er formkravet og innholdskravet sentralt. Et viktig spørsmål som har blitt drøftet i rettspraksis hvilken betydning skriftlighetskravet har i forhold til arbeidsforholdets gyldighet. Problemstillingen ble drøftet i RG 1999 -306. Saken dreide seg om en lege som vikarierte i en avtalt vikarstilling ved Ullevål sykehus. Legen fortsatte i en stilling etter at vikariatet utløp. Lagmannsretten gav ikke saksøkeren rett i at han var å betrakte som fast ansatt selv om ny skriftlig arbeidsavtale ikke var inngått. "Lagmannsretten legger til grunn at kravet til skriftlighet i § 55 B ikke er et vilkår for om rettsgyldig arbeidsavtale om midlertidig tilsetning er inngått, men bare kan anses som en ordensforskrift"⁵⁵. Problemstillingen er videre behandlet i to sentrale Høyesterettsdommer om skriftlig arbeidsavtale (Rt -2007-129 og Rt 2004-53).

Rt-2004-53

I Rt-2004-53 var spørsmålet om manglende skriftlighet gjorde avtalen om gjennomsnittsberegningen av arbeidstid ugyldig. Den ansatte jobbet fra 1999 til 2001 som kokk. Han avtalte en arbeidsordning som medførte vesentlig flere arbeidstimer i en uke enn i den andre. Det ble i tillegg avtalt muntlig at det skulle foretas gjennomsnittsberegning av arbeidstiden. Noe som vil medføre at

⁵⁵ RG-1999-1306

den ansatte ikke hadde krav på overtidsgodtgjørelse. Etter arbeidsforholdets slutt oppstod det en tvist om etterbetaling for overtid. HR kom frem til at manglende skriftlighet ikke førte til ugyldighet.

HR rett la i denne dommen vekt på reelle hensyn. Ut fra en rimelighetsvurdering kom HR til: "Slik forholdene er i denne saken, vil virkningen av manglende skriftlighet bli trukket urimelig langt dersom det skulle føre til at man skal se bort fra den muntlige avtalen om gjennomsnittsberegningen av den alminnelige arbeidstiden".⁵⁶ Det ble fremhevet at det var den ansatte selv som hadde ønsket ordningen for å få mer fritid. Videre ble det fremhevet at det ikke ble fremsatt noe krav om etterbetaling for overtid så lenge arbeidsforholdet besto⁵⁷.

Rt. 2007 side 129

Saken reiste spørsmålet om rettsvirkningen av at arbeidsgiver forsømmer kravet til skriftlig arbeidsavtale når arbeidstakeren er midlertidig ansatt.

Den ansatte hadde en arbeidsavtale som tilfredsstilte kravene i arbeidsmiljølovens § 58 A. Partene var enig om at avtalen gjaldt fram til månedsskifte oktober/november 2003. Den ansatte fortsatte arbeidet etter sesongslutt uten at ny skriftlig arbeidsavtale var opprettet. I oktober 2004 kom det til strid mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om hun fortsatt var midlertidig ansatt. Kommunen skulle overta ansvaret for ansatte ved kirkegårdene. Midlertidig ansatte skulle ikke overtas. Et sentralt spørsmål i saken ble derfor: "Spørsmålet er om unnlatelsen av å inngå ny, skriftlig arbeidsavtale med virkning fra månedsskifte oktober/november 2003 i seg selv medfører at A fikk status som fast ansatt"⁵⁸.

HR kom i likhet med tingsretten til at § 14-5 utelukkende er en ordensregel. Den ansatt fikk derfor ikke medhold i sin anførsel om at arbeidsgivers unnlatelse, gav den påberopte rettsvirkningen om fast ansettelse.

HR kom likevel til at A hadde krav på fast ansettelse. Dette ble begrunnet med at skriftlighetskravet er en sentral ordensregel. Arbeidstakeren har et behov for

⁵⁶ Rt-2004-53 (39)

⁵⁷ Rt-2004-53 (38), (39)

⁵⁸ Rt-2007-129 (25)

klarhet og forutsigbarhet i forhold til arbeidsforholdets varighet. Arbeidsgiver hadde bevisbyrden.

Den ansattes anke ble derfor tatt til følge.

HR drøftelse tar utgangspunkt i ordlyden i aml. Det fantes ikke støtte i ordlyden i § 58 A for at for at skriftlighet er et gyldighetsvilkår.

Det ble påpekt at direktivet ikke inneholder bestemmelser om at midlertidighet skal avtales skriftlig.

Videre behandlet HR forarbeidene grundig i begge dommene. HR tolket og drøftet forarbeidene og viste til at det ikke finnes holdepunkter i forarbeidene for at manglende skriftlighet skulle føre til den påberopte rettsvirkningen at manglende skriftlighet fører til ugyldighet. Det ble pekt på at forarbeidenes taushet om spørsmålet var interessant. "Når departementet likevel ikke drøftet rettsvirkningene av at skriftlighetskravet ikke ble etterlevd, trekker det i retning av at det ikke var tilsiktet at skriftlighet skulle være et gyldighetsvilkår"⁵⁹. Av dette kan det slutes at dersom lovgiver hadde ment at skriftlighet skulle være et gyldighetsvilkår i forbindelse med kravet om skriftlig arbeidsavtale, så hadde lovgiver gjort dette klart i loven eller latt det komme til uttrykk i forarbeidene. I Rt-2007-129 fremkommer det med henvisning til Lange-saken C-350/99 at det er mulig å føre bevis for midlertidighet på en annen måte enn ved en skriftlig avtale. HR kom også til at reelle hensyn gjorde det urimelig at manglende skriftlighet skulle innebære at den muntlige avtalen i alle sammenhenger ble satt til side som ugyldig.

Selv om disse to dommene har forskjellig utgangspunkt, har de gitt et viktig bidrag når det gjelder å avklare spørsmålet om hvilken rettsvirkning det får når formkravet ikke oppfylt. I forbindelse med rekkevidden av dommen synes det rimelig klart at det nå prinsipielt er slått fast at § 14-5 først og fremst er en ordensregel. Rettsvirkningen av at skriftlighetskravet ikke er oppfylt fører ikke nødvendigvis til at arbeidsavtalen blir ugyldig. I og med at vi har to Høyesterettsdommer som har avklart forholdet mellom skriftlighet og gyldighet i forhold til formkravet, vil disse rettsavgjørelsens prejudikatsverdi være høy.

⁵⁹ Rt-2007-129 (43)

Selv om drøftelsen ovenfor har vist at manglende etterlevelse av skriftlighetskravet ikke betyr at en avtale blir ugyldig, kan en skriftlig arbeidsavtale som inneholder urimelige avtalevilkår bli ugyldig på grunnlag av avtalelovens § 36. Det skal mye til for at avtaler settes til side som ugyldige på grunn av urimelige avtalte vilkår. Drøftelsen ovenfor har vist at arbeidstakeren i Rt-2000-1800 (Romsdals fellesbank) ikke lyktes i sine anførsler om at bostedsvilkåret var urimelig.

I forbindelse med konkurranseklausuler vil urimelige avtalte vilkår kunne gjøre avtalen ugyldig.

Dersom innholdet i en arbeidsavtale er i strid med arbeidsmiljøloven, for eksempel oppsigelsesfrister, vil rettsvirkningen bli at de avtalte vilkår settes til side og at lovens regler anvendes. I tillegg må det nevnes at avtaler om prøvetid må være skriftlig for at disse skal være gyldig.

4.2 Problemstillinger knyttet til arbeidsgivers styringsrett og skriftlige arbeidsavtaler

Den grunnleggende problemstilling i den etterfølgende drøftelsen vil være hvilken betydning skriftlighetskravet i aml § 14-5 har i forhold til arbeidsgivers styringsrett.

Styringsrett er definert som arbeidsgivers rett til å lede, fordele, organisere og kontrollere arbeidet. Den er basert på rettsprakis. Styringsretten er begrenset av lov, tariffavtaler og den individuelle arbeidsavtalen. I tillegg gjelder et saklighets -og forsvarlighetsprinsipp som skal beskytte arbeidstakerne mot vilkårlighet og utenforliggende hensyn. Jfr. Rt- 2001-408 og Rt 2005-518. I den etterfølgende drøftelsen blir det derfor viktig å se nærmere på skriftlighetskravets betydning i arbeidsforholdet.

I Rt- 2001-408⁶⁰ var spørsmålet om arbeidsgiver hadde rett til å flytte frammøtestedet for oppmøte lenger inn på anlegget. Høyesterett kom til at dette lå innenfor arbeidsgivers styringsrett. Utgangspunktet for endringer i arbeidsforholdet er aml § 14-8.

Et spørsmål kan være hvor langt arbeidsgivers styringsrett her gjelder.

Aml § 14-8 gjør det klart at "endringer i arbeidsforholdet jfr. i §§ 14-6 og 14-7 skal tas inn i arbeidsavtalen tidligst mulig og senest en måned etter at endringene trådte i kraft. Dette gjelder ikke dersom endringene i arbeidsforholdet skyldes endringer i lover, forskrifter eller tariffavtaler, jfr. § 14-6 andre ledd og § 14-7 andre ledd".

Betydningen av at vilkårene i § 14-6 er oppfylt har vi sett eksempler på i rettspraksis. Jfr. I Rt-2009-1465 som jeg kommer tilbake til nedenfor.

Arbeidsgiver kan fra tid til annen ha et behov for å foreta endringer i arbeidsforholdet. Slike endringer må det tas skriftlig forbehold om i arbeidsavtalen ved inngåelsen. Skjer endringen i arbeidsforholdet gjelder kravet om at endringene må tas inn i arbeidsavtalen "tidligst mulig og senest en måned etter at endringene trådte i kraft", jfr. aml § 14-8.

Det går videre frem av § 14-8 at endringene ikke må skriftliggjøres dersom endringene skyldes lov, forskrifter eller avtaler.

4.2.1 Betydningen av arbeidsavtalen.

For inngåelse av arbeidsavtaler gjelder prinsippet om avtalefrihet. Partene står fritt til å avtale stillingens innhold så lenge dette skjer innefor rammen av lov, forskrift og tariffavtale. Det følger av arbeidsavtalen at den ansatte vil ha en arbeidspåkt. Det innholdet i arbeidspåkten kan være definert i arbeidsavtalen eller ved en supplerende instruks. Arbeidsgiver vil ha bevisbyrden dersom arbeidsavtalen er uklar.

Forhold ved arbeidstaker eller virksomhet kan føre til at en arbeidsgiver ønsker å foreta en endring i arbeidsforholdet.

⁶⁰ Rt-2001-418 (Kårstø-dommen)

Arbeidsgivers kan ikke i følge rettspraksis ensidig endre "stillingens grunnpreg"⁶¹ uten at partene er enig om dette. Utgangspunktet her at den skriftlige arbeidsavtalen og tolkningen og utfyllingen av den tillegges stor vekt når det gjelder å fastslå arbeidspliktens innhold⁶².

Nøkk-dommen kaster lys over problemstillinger ved arbeidsgivers styringsrett. Saken gjaldt hvorvidt kommunen kunne endre integrere to skipsmaskinister som var ansatt på en brannbåt i kommunens hovedbrannstyrke. Endringen ville innebære en omfattende forandring i stillingsforholdet for de to skipsmaskinistene som var gradert som brannmestere.

Førstvoterende drøftet og vurderte dette slik: "Ved tolkingen og utfyllingen av arbeidsavtalene må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen"⁶³. HR slo også i samme dom fast at endringen i arbeidsforholdet innebar en "ikke uvesentlig endring i deres arbeidsoppgaver". Arbeidsgiver og arbeidstaker kan derfor innenfor rammen av lov og eventuelle tariffavtaler ta forbehold om endringer i stillingsforholdet. I følge denne dommen må den skriftlige arbeidsavtalen tolkes for å avgjøre om en endring er i strid med grunnpregstandarden.

Fougner diskuterer om hvorvidt Nøkk-dommen er et brudd med grunnpregstandarden. Det vises til at de betydelige endringene som kom til uttrykk i setningen "ikke ubetydelig endring i arbeidsoppgaver", "er en klar markering av at endrede behov på arbeidsgivers side vil begrunne endringsbeslutninger"⁶⁴. Han viser til at HR ikke tar direkte avstand fra grunnpregstandaren, men åpner for at arbeidsgiver i større grad kan gjøre endringer i arbeidsforholdet. Endringene var så omfattende at det var nødvendig for mannskapet å skaffe seg tilleggsutdanning for å kunne fungere i de nye arbeidsoppgavene.

⁶¹ Grunnpregstandarden er en rettsetning utledet fra Kristen Andersens bok; Fra Arbeidslivets rett (1967)

⁶² Rt-2000-1602

⁶³ Rt-2000-1602

⁶⁴ Fougner, Endring i arbeidsforhold, side 223

Vi kan dermed slå fast at det vil være vesentlig hva som er avtalt om stillingens innhold. I følge aml § 14-6 c er lovens formkrav oppfylt dersom arbeidsavtalen inneholder en beskrivelse av arbeidet eller arbeidstakerens tittel, stilling eller arbeidskategori. De formelle kravene vil være oppfylt uten at arbeidsoppgaver eller stillingsinnhold er detaljert spesifisert. Det er derfor ikke sikkert at arbeidsavtalen ordlyd gir et godt nok bilde av stillingens innhold. I forarbeidene fremgår det at hvis arbeidsavtalen er uklar, vil grunnpregstandarden bli lagt til grunn⁶⁵. Dersom stillingens "grunnpreg" fremgår rimelig klart av arbeidsavtalen og hovedinnholdet i arbeidsavtalen endres uten at det finnes tilstrekkelig grunnlag for dette, kan det bli et spørsmål om endringsoppsigelse.

Hvis spørsmålet om endring i stillingsforholdet er tilstrekkelig regulert i arbeidsavtalen, må spørsmålet løses ut fra den ulovfestede grunnpregstandard. Grunnpregstandaren går ut på endringer i arbeidsplikstens kjerneområde må vurderes i forhold til tiden før og etter en endring. I vurderingen må arbeidsoppgaver og ansvarsområder vurderes. Arbeidstakerens forutsetninger ved tiltredelse av stillingen kan også vurderes. Hensikten med grunnpregstandarden er å begrense arbeidsgivers styringsrett. Det går videre frem av at en stillings "grunnpreg" må gjøres klart ved studere arbeidsavtalen innhold.

Rådsdirektivet artikkel 5 gjør det klart "enhver endring" i artikkel 2 nr. 2 og artikkel 4 nr. 1 skal skriftliggjøres.

Lovens ordlyd kan tolkes slik at arbeidsgiver fritt kan endre avtalens innhold dersom dette skriftliggjøres. For å illustrere dette kan vi tenke oss at det i arbeidsavtalen er bestemt at arbeidstaker skal disponere et gode som tilhører virksomheten på utenom arbeidstid. Arbeidsgiver vil i et slikt tilfelle kunne ha rett til å bestemme at godet ikke lenger kan benyttes arbeidstaker. Endringen må naturligvis vurderes i forhold til begrensninger i styringsretten.

Dersom det er nødvendig å foreta endringer og endringene er saklig begrunnet i virksomhetsforhold kan det skje relativt store endringer i arbeidsforholdet. I Rt- 1995-227 gjaldt saken en avdelingsleder i skoleverket med 25 prosent

⁶⁵ Ot.prp.nr 49 (2004-2005) side 250

lederstilling som fikk endret stillingen slik at den ble en ren 100 prosent undervisningsstilling.

Det var ikke tatt forbehold om endringen og endringen var heller ikke tatt inn i arbeidsavtalen. HR godkjente endringen. Å fjerne personalansvar fra en stilling som i dette tilfellet kan fort få karakter av å være en endringsoppsigelse. I slik tilfelle vil den skriftlig arbeidsavtalen sette grenser for styringsretten. Her vil aml Kap 15, særlig aml § 15-7 ha betydning i forhold til om hvorvidt oppsigelsen er saklig.

Det synes å virke rimelig at arbeidsgiver med hjemmel i aml § 14-8 formelt sett vil være berettiget til å foreta mindre endringer i stillingsforholdet hvor arbeidsgiver ikke er bundet av avtale, lover eller forskrifter. Endringen må naturligvis vurderes ut fra den foreliggende arbeidsavtale. Spørsmålet her kan være om arbeidsgiver har oppfylt minimumskravene til en arbeidsavtale i aml § 14-6. Ved uenighet vil en eventuell tvist kunne bringes inn for rettsapparatet.

4.2.2 Endring av arbeidssted.

I følge aml § 14-6 litra b skal arbeidstakerens faste arbeidssted angis.

Forarbeidene viser at bestemmelsen ikke er ment å skulle gi arbeidstakeren rett til en bestemt arbeidsplass⁶⁶. Utgangspunktet her vil være arbeidsavtalen og arbeidsgivers styringsrett. Det følger av Rt-2001-418⁶⁷ at arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett kan bestemme fremmøtested. Verken arbeidsavtalen eller arbeidsreglement eller tariffavtale regulerte spørsmålet. HR pekte på betydningen av en forsvarlig saksbehandling før endringer gjøres. I og med at fremmøtested ikke var skriftlig avtalt og arbeidsgiver hadde gått saklig og forsvarlig frem i forbindelse med endringen av arbeidsforholdet, var arbeidsgiver berettiget til å foreta endringen innenfor rammen av styringsretten.

⁶⁶ Ot.prp nr 49 (2004-2005)

⁶⁷ Rt-2001-418, Kårstøsaken dreide seg om arbeidstid og HR uttalte at det ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett har rett til å bestemme fremmøtested i forbindelse med utførelse av arbeidet.

Dersom det ikke er avtalt at en arbeidstaker skal ha et bestemt arbeidssted, viser rettspraksis at arbeidstakere må finne seg i endringer av arbeidssted. Dette går også frem av forarbeidene. Arbeidstakeren har ingen beskyttelse mot at arbeidsgiver innen rimelige grenser kan endre arbeidssted⁶⁸. Det bør presiseres at det her er snakk om forflytning innen en rimelig reiseavtand. Hva som anses som en rimelig reiseavstand vil være en skjønnsmessig vurdering. Her vil reisetiden og reisemulighetene være avgjørende. I tillegg vil det være avgjørende om flyttingen er midlertidig eller permanent. I ARD-1980-42 kom det frem at en midlertidig løsning med pendling en måned mellom Halden og Vestby ikke var urimelig.

Det vil naturligvis være annerledes dersom en arbeidsavtale inneholder bestemmelser om at arbeidstakeren kan forflyttes. Selv her vil ikke arbeidsgivers adgang til forflytting være absolutt. Arbeidsavtalens klausul vil ha betydning. Videre vil det ha betydning om det er klargjort sannsynligheten for forflytning. At arbeidsgiver kan fastsette flytteplikt i en arbeidsavtale, går frem av Rt-2000-1800. En bankansatt hadde godtatt betingelsen om å bosette seg i kommunen hvor han skulle jobbe. Han ble oppsagt ettersom vilkåret ikke ble oppfylt. Arbeidstakeren prøvde forgjeves å få satt vilkåret om forflytning til side med avtaleloven § 36.

4.2.3 Endring av arbeidstid.

I Rt-2009-1465 dreide saken seg om arbeidsgivers styringsrett og tolking av arbeidsavtaler for to sykepleiere som var ansatt som seinvakter. Høyesterett kom til at kommunen i kraft av arbeidsgivers styringsrett ikke kunne pålegge sykepleierne en turnusordning som omfattet dagvakter. Det ble her særlig pekt på arbeidsavtalen og premissen rundt avtaleinngåelsen. HR kom frem til at endringen ville bety en for stor endring i arbeidsforholdet i forhold til det som opprinnelig var avtalt.

⁶⁸ Ot.prp.nr.78 (1993-1994) side 11

Lønnsbetingelsen er en del av den skriftlige arbeidsavtalen som ofte er regulert av en ufravikelig tariffavtale. Den kan normalt ikke endres uten at partene er enig om det. I forbindelse med rasjonalisering, kan det være aktuelt å sette ned lønnen. Dette vil mest sannsynlig være aktuelt i privat sektor i nedgangstider. Virksomhetene står da overfor vesentlige utfordringer i forhold til nedbemanning, nedskjæringer og andre utgiftsreduksjoner.

Spørsmål om for mye utbetalt lønn og eventuell fremtidig lønnstrekk kan avtales etter aml § 14-15 annet ledd bokstav c.

Et annet spørsmål er i hvilken grad arbeidsgiver kan inndra frynsegoder som for eksempel "gratis" Internett og aviser. Dersom disse godene er en del av den ansattes lønns og arbeidsbetingelser, kan ikke arbeidsgiver uten videre fjerne disse uten at arbeidsavtalen endres. I offentlig sektor kan dette betraktes som administrative ordninger som kan inndras. Senere kan det eventuelt kompenseres ved lokale lønnsforhandlinger.

4.2.4 Bevismessige vurderinger.

Ved tvist om arbeidsforholdet vil retten må ta stilling til det som ansees bevist. Her vil sivilrettslige regler gjelde. Vi har i sett at i drøftelsen av aml § 14-5 så har både rettspraksis og juridisk teori slått fast at arbeidsgiver har bevisbyrden dersom ordensregelen i aml § 14-5 er fulgt. Arbeidsgiveren er upekt som den som må bevise noe. I følge sivilrettslige regler vil bevis i denne sammenheng dreie seg om å sannsynliggjøre et bestemt faktum⁶⁹. I følge Fougner har arbeidsretten " lagt betydelig vekt på om en part kan påvise et rettsgrunnlag for et bestemt grunnlag"⁷⁰.

Både arbeidsretten og HR viser ofte til i arbeidstidsavtalen. I Kårstø saken⁷¹ tok HR først utgangspunkt i arbeidsavtalen. Dersom arbeidsavtalen fremmøtested hadde vært nærmere presisert der, hadde det vært til arbeidstakernes fordel. Jeg skal utover det ikke spekulere i hva HRs avgjørelse i så fall hadde blitt. Selv om det er arbeidsgiver som er utpekt i juridisk teori og i rettspraksis som den som må bevise forhold knyttet til arbeidsforholdet dersom det ikke er

⁶⁹ Anne Robberstad (2009), Sivilprosess side 244

⁷⁰ Jan Fougner, Endring i arbeidsforhold 2007) side 202

⁷¹ Rt-2001-418

inngått skriftlig arbeidsavtale, kan det likevel tenkes at bevisbyrde også kan bli aktuelt for arbeidstakeren. Spesielt kan dette gjelde i situasjoner hvor det er gjort muntlige avtaler som er langt bedre lov og andre minimumsbetingelser gir grunnlag for.

I en tvist om arbeidsforholdet vil en skriftlig avtale være av stor betydning som bevisgrunnlag. Dette gjelder om enten det er snakk om arbeidsgivers styringsrett eller avtaler om lønns og arbeidsforhold.

Ved en vurdering av innholdet i arbeidsavtalen, er det av betydning for partene at det som er avtalt skriftlig er rimelig klart. Uklarhetsregelen vil innebære at dersom det er tvil om innholdet i en arbeidsavtale, vil avtalen bli tolket mot den part som burde ha uttrykt seg klarere. Som vi har sett, er det arbeidsgiveren som har ansvaret for å lage et utkast til arbeidsavtale. Arbeidsgiver bør derfor tenke seg grundig i forbindelse med utarbeidelsen av den skriftlige arbeidsavtalen.

4.4 Rettspolitisk drøftelse.

Referanserammen for drøftelsen er en de lege ferenda drøftelse av kravet til skriftlig arbeidsavtale sett i forhold til samfunnsutviklingen og drøftelsen i NOU 2004:5. Direktivet gir altså mulighet til å gjøre unntak fra skriftlighetskravet ved arbeidsforhold hvor varigheten er mindre enn en måned. Spørsmålet i denne sammenheng er om de norske reglene bør modifiseres.

4.3.1 Arbeidstakers interesser

Jeg vil se litt nærmere på skriftlighetskravet ut fra arbeidstakerens interesser. I arbeidsretten er det som kjent forhold rundt en ansettelse regulert i lover og avtaler. Både aml og tariffavtaler setter krav til visse minimumsstandarder som skal gjelde. Jfr. § 14-6 om kravene til en arbeidsavtale.

Lovgivningen og tariffavtaler er preget av ufravikelighetsprinsippet. Noe som innebærer at de ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstakeren. I følge de ulovfestede ufravikelighetsprinsippet binder også en tariffavtale uorganiserte.

Formålet med skriftlighetskravet går klart frem av forarbeidene. Arbeidstakeren skal slippe å føle unødig uro for å miste arbeidet. Forskning viser at trygghet i jobben har betydning i forhold til et godt psykososialt arbeidsmiljø jfr. aml § 4-3. En skriftlig arbeidsavtale sier noe om arbeidets art, arbeidstid, lønn og oppsigelse, jfr. aml § 14-6.

Skriftlighetskravet sikrer arbeidstakeren forutsigbarhet og trygghet.

Arbeidstakeren blir også kjent med sine rettigheter og plikter. Dette kan ha betydning for arbeidsgiverens behandling av arbeidstakeren. Arbeidstakeren skal behandles i samsvar med saklighetsprinsippet slik at arbeidsgiver ikke tar utenforliggende hensyn.

Skriftlig arbeidsavtale fører til at både arbeidstaker og arbeidsgiver må tenke seg om før de en skriftlig avtale inngås

Et annet viktig moment som taler for skriftlighetskravet også ved arbeidsforhold ved kort varighet er hensynet til sosial dumping. Ved lov om allmenngjøring av tariffavtaler er det åpnet for at tariffavtalens bestemmelser kan gjøres gjeldende dersom arbeids art tilsier det. Yngre arbeidstakere, skoleungdommer er gjerne interessert i litt arbeid ved siden av skolen. Arbeidstilsynets tilsyn som jeg viste til innledningsvis, viser at det særlig slurves med å inngå arbeidsavtaler for denne gruppen. Reglene om skriftlig arbeidsavtale beskytter derfor i særlig grad denne gruppen.

4.3.2 Arbeidsgiverens interesser.

Skriftlighetskravet er de lege lata et krav som alle arbeidsgivere skal etterleve. Det har blitt reist innvendinger mot å trekke skriftlighetskravet for langt. Kravet til skriftlig arbeidsavtale i aml går lenger enn minimumskravet i direktivet. Det har blitt fremholdt at dette kan bli for byråkratisk og unødvendig spesielt når det gjelder arbeid av liten grad eller av kort varighet. I Rt-2005-826 argumenterte arbeidsgiver for behovet for en "løsere tilknytning mellom bedrift og arbeidstaker, ved at bedriften har arbeidstakere som kan tilkalles ved behov"⁷² I forarbeidene ble hensynet til omstillingsevne og fleksibilitet drøftet.

⁷² Rt 2005-826 (31) Saken handlet om erstatning for en tidsbegrenset tilsetning i strid med tidligere aml § 58A..

Skriftlighetskravet kan føre til at arbeidsgiver i stedet for å tilby arbeid av kortere varighet til ungdommer, prøver å finne andre løsninger. Dette kan føre til at det blir vanskeligere for ungdom å få verdifull arbeidserfaring.

De lege ferenda kan det vurderes om reglene er for strenge og at arbeidsgiver burde gis adgang til å ansette inntil en måned uten skriftlig arbeidsavtale. Fra arbeidstakersiden blir det hevdet at det er behov for å beskytte nettopp denne gruppen og at det derfor er viktig å sikre alle arbeidstakere retten til en skriftlig arbeidsavtale.

5.0 Straffereaksjoner.

Arbeidstilsynet fører kontroll⁷³ med at lov og forskrift blir fulgt av virksomheter som omfattes av arbeidsmiljølovens bestemmelser. Arbeidstilsynet kan be om opplysninger og gjennomføre inspeksjoner. Arbeidstilsynet skal ha uhindret tilgang til bedrifter og virksomheter. Arbeidstilsynets kontroll og tilsyn foregår både ved varslet tilsyn og uvarslede kontroller, stikkprøvekontroll.

Bestemmelsen i aml § 14-5 er en ordensregel som arbeidsgiver er forpliktet til å oppfylle. Manglende etterlevelse kan medføre sanksjoner.

I aml § 18-6 fremgår det at "Arbeidstilsynet gir de pålegg og treffer de enkeltvedtak som ellers er nødvendig for gjennomføring av bestemmelsene" i arbeidsmiljøloven. Arbeidstilsynet har "påleggskompetanse" i forhold til kravet til skriftlig arbeidsavtale i aml § 14-5. Arbeidsgiver kan pålegges en frist å utarbeide utkast⁷⁴ til skriftlig arbeidsavtale, jfr. aml § 18-6.

Manglende etterlevelse av kravet om skriftlig arbeidsavtale kan også medføre straffeansvar jfr. § 19-1, forutsatt at det her dreier seg om forsettlig eller uaktsom opptreden fra arbeidsgivers side. Normalt vil forsømmelse fra arbeidsgiver bli påtalt av arbeidstilsyn før eventuell straffereaksjon vurdert⁷⁵.

⁷³ NOU 2005:4 side 463 og 464

⁷⁴ Ot.prp. nr. 77 (1998-99)

⁷⁵ Jakhelln; Oversikt over arbeidsretten, side 235

6.0 Oppsummering, avslutning og konklusjon.

Drøftelsene ovenfor viser at dersom det oppstår tvist om arbeidsforholdet vil den skriftlige arbeidsavtalen ha stor betydning. Arbeidsavtalen bringer klarhet i hva som er avtalt og på den måten orden i arbeidsforholdet. Dette bidrar til klarhet og forutsigbarhet som er et viktig hensyn bak bestemmelsen. Drøftelsen har vist at aml § 14-5 er en ordensregel og ikke en gyldighetsbetingelse.

Manglende skriftlighet i forbindelse med midlertidige stillinger fører ikke uten videre til at den ansatte har krav på fast ansettelse. Manglende skriftlighet vil derimot når det gjelder prøvetid kunne føre til ugyldighet. Arbeidsgiver kan bli "straffet" ved at den ansatte likevel får fast ansettelse fordi arbeidsgiver ikke har fulgt "ordensregelen" eller ikke klarer å sannsynliggjøre i tilstrekkelig grad at arbeidsforholdet er midlertidig. Manglende etterlevelse av skriftlighetskravet kan føre til straffereaksjoner etter jfr. aml § 18-6 og § 19-1.

En skriftlig arbeidsavtale har betydning for arbeidsgiver ved at den gir muligheter for klare forventninger til den ansattes resultater. Arbeidsavtalen angir innholdet i den ansattes arbeidsplikt og som kjent kan grove pliktbrudd føre til oppsigelse. Videre har vi sett at skriftlighet har stor betydning i forhold til arbeidsgivers styringsrett og endringer i stillingsforholdet. Som kjent er den skriftlige arbeidsavtalen en viktig faktor som begrenser arbeidsgivers styringsrett. Desto klarere og tydeligere den skriftlige arbeidsavtalen er, desto klarere vil også rammene for arbeidsgivers styringsrett være.

En skriftlig arbeidsavtale er en viktig rett for arbeidstakeren og en plikt for arbeidsgiveren. Den skriftlige arbeidsavtalen betyr også at arbeidsgiver må vurdere behovet for en stilling og nøye tenke igjennom hvordan stillingen skal dekke virksomhetens behov. I pakt med samfunnsutviklingen etterlyses det mer fleksibilitet. Dersom dette ønsket skal oppnås, bør det tas hensyn til dette i utformingen av arbeidsavtalen. Dette bør gjøres slik at arbeidstakeren har forutsigbarhet og klarhet i jobben og at arbeidsgivers behov for fleksibilitet er ivarettatt.

Litteraturliste

Lover

Lov av 15.04.1687, Kong Christian Den Femtis Norske Lov

Norges Grunnlov av 1814

Menneskerettsloven av 21.mai 1999

Lov av 31. mai 1918 nr.4, Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer. Avtaleloven,

Lov av 5. mai 1927 nr.1, Lov om arbeidstvister,Arbeidstvistloven.

Lov av 1977, Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.Arbeidsmiljøloven (opphevet)

Lov av 17.juni 2005 nr.62, Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.Arbeidsmiljøloven.

Lov av 29. april 1988 nr. 21, Lov om ferie, Ferieloven.

Lov av 28. februar 1997 nr. 19, Lov om folketrygd ,Folketrygdloven.

Lov av 27.november 1992 nr. 109, Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

Juridisk litteratur

Tom H Beck/Arve Due Lund/ Nils Storeng; Arbeidslivets spilleregler, Universitetsforlaget, 2006

Tom H Beck/Arve Due Lund/ Nils Storeng; Arbeidsrett 7.ugave, Cappelen Akademisk forlag, 2009

Jan Tormod Dege, Den individuelle arbeidsretten, Minerva forlag, 2009

Jan Fougner, Arbeidsavtalen – utvalgte emner, Tano Aschehoug. 1999.

Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, Rettskildelære, Oslo 2001

Jan Fougner og Lars Holo, Kommentarutgave til arbeidsmiljøloven, Universitetsforlaget,Oslo, 2006.

Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, N.W.Damm&Søn, 4.utgave, 2.opplag, Oslo,2007.

Henning Jakhelln og Helga Aune; Arbeidsrett.no,N.W.Damm&Søn, Oslo, 2005.

Anne Robberstad, Sivilprosess,Fagbokforlaget, 2009

Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen og Olav Kolstad; EØS-rett, Universitetsforlaget, 2.utgave, Oslo.

Forarbeider

Ot.prp.nr.50 (1993-1994)

Ot.prp.nr.90 (1993-1994)

Ot.prp.nr.50 (1993-1994

Ot.prp.nr.78 (1993-1994)

Innst O nr 2 (1994-1995)

Ot.prp.nr.77 (1998-1999)

Innst.O.nr.5 (1999-2000)

Ot.prp.nr.49 (2004-2005)

NOU 2004:5

Rettspraksis

Høyesterett:

Rt- 1965 -360

Rt -1985- 290

Rt 1988 - 766

Rt-1989-1116

Rt -1990-607

Rt-1993-954

Rt- 1995-227

Rt- 1997-560

Rt 2000 -1602

Rt 2000 -1800

Rt 2000- 1811

Rt 2001-248

Rt 2001- 418

Rt 2002- 712

Rt 2004- 53

Rt-2005-826

Rt-2005-1365

Rt-2006-420

Rt 2007 -129

Rt-2007-1458

Rt–2008-856

Lagmannsretten:

1997-07-04. LE-1996-00730

RG-1999-1306

Arbeidsretten :

ARD-1980-42

EF-domstolen:

C-350/99 – Lange-saken

Lair-saken, sak 39/86

.

